

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SEGURIDADE SOCIAL NA PERSPECTIVA DO DIREITO
FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA**

REGINALDO DOS SANTOS TRINDADE

Itajaí-SC 11/2015

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SEGURIDADE SOCIAL NA PERSPECTIVA DO DIREITO
FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA**

REGINALDO DOS SANTOS TRINDADE

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor José Antonio Savaris

Itajaí-SC 11/2015

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Ao meu orientador Doutor José Antonio Savaris, que, pela sua atuação como docente me despertou o interesse pela profissão de Professor, pelo suporte intelectual, pelas suas correções e incentivos.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

DEDICATÓRIA

À minha esposa Crislaine, que sempre me incentivou para a realização dos meus ideais, encorajando-me nos momentos difíceis da vida.

Aos meus filhos Pedro Henrique e Anna Júlia que entenderam um pouco os motivos pelos quais o pai não foi jogar XBOX ou brincar com o quebra-cabeça da Peppa Pig... Amo vocês!

Com muito carinho, dedico aos meus pais Edival e Rozélia e à minha irmã Kelley, pelo amor e incentivo aos estudos desde sempre!

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, SC, novembro de 2015

Reginaldo dos Santos Trindade
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARE	Agravo em Recurso Extraordinário.
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil.
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
RE	Recurso Extraordinário
RGPS	Regime Geral da Previdência Social.
STA	Suspensão da Tutela Antecipada

ROL DE CATEGORIAS

Direito ao Processo Justo: é direito processual, um princípio fundamental irradiado do art. 5º, LIV, da CF/1988, que apresenta um núcleo forte ineliminável de conteúdo mínimo essencial que visa assegurar a obtenção de uma decisão justa, impondo esse dever ao Estado e as partes.¹

Direitos Fundamentais: No nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o (ordenamento jurídico) concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo, fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.²

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 717.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 178.

Judicialização das Políticas Públicas: Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.³

Políticas Públicas Previdenciárias: São Políticas de Estado e de Governo não integradas, não organizadas, conflitantes, incoerentes e não sistematizadas.⁴

Políticas Públicas: Ações coordenadas de proteção dos indivíduos frente aos diferentes estados de necessidade, assegurando-lhes condições dignas de subsistência em meio a tais adversidades.⁵

Processo Previdenciário: Processo judicial concernente às lides em que se discutem direitos do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Proteção Social: No contexto da proteção previdenciária é a proteção contra os principais riscos suscetíveis de gerar uma degradação da situação dos indivíduos.⁶

Seguridade Social: Direito subjetivo fundamental previsto na Constituição Federal no art. 194 da Constituição Federal de 1988 como sendo o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Tutela Jurisdicional Adequada: Alinhamento da função jurisdicional prevista no art. 5º, XXXV, da CF/1988, às particularidades da pretensão (plano do direito processual) ao direito material (plano do direito material), como instrumento de tutela efetiva.⁷

³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: nov. 2014.

⁴ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

⁵ BEVERIDGE, William Henry *apud* SAVARIS, José Antônio. **Princípio da Primazia do Acertamento Judicial da Relação Jurídica de Proteção Social**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 419-37, 2012. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4209/2420>>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁶ SAVARIS, José Antônio. **Princípio da Primazia do Acertamento Judicial da Relação Jurídica de Proteção Social**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 419-37, 2012. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4209/2420>>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 710.

Tutela Jurisdicional: Direito subjetivo fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da CF/1988 segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa: Constitucionalismo e Produção do Direito.

O fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas representa uma intensa atividade do Poder Judiciário incidente sobre a efetivação dos direitos sociais. Investiga-se no presente trabalho que as condições e antecedentes que proporcionaram essa realidade decorrem de uma evolução teórica das concepções de Estado, especialmente do Estado Liberal ao Estado Social.

A evolução para o Estado Constitucional proporcionou o reconhecimento da força normativa da Constituição, que, pelos direitos fundamentais trouxe à tona a proeminência do Poder Judiciário como guardião da Constituição. Tal assertiva é essencial, uma vez que se consubstancia no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva dos direitos sociais, entendendo assim o direito ao processo justo apto à proteção social.

Essa concepção alcança a realização material dos direitos fundamentais sociais, especialmente os direitos de Seguridade Social, sendo eles, o direito à Assistência Social, direito à Saúde e o direito à Previdência Social.

Decorrente desse contexto que gerou o fenômeno da Judicialização, esses direitos reclamam uma dogmática processual específica para sua efetivação plena, uma vez que podem ser judicializados devido a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo. Daí é que se propõe a construção de uma dogmática processual específica, diferente do processo civil comum na condução processual dos direitos sociais. Essa dogmática reclama uma aderência do processo ao direito material envolvido, uma vez que esses direitos materiais são especiais por invocarem questões sociais relacionadas com a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Por esse motivo, essa dogmática impõe também ao Poder Judiciário o poder-dever de uma condução adequada do processo pela fundamentalidade dos direitos materiais que se tutela.

Palavras-chave: *Direitos fundamentais. Judicialização. Políticas Públicas. Processo Justo.*

ABSTRACT

This dissertation is part of the line of research: Production of Law and Constitutionalism.

The phenomenon of Judicialization of Public Policies represents an intense activity of the Judiciary reflected on the execution of social rights. It has been investigated in the present work the conditions and the background this reality offered, provides from a theoretical evolution of the State conceptions, especially from the Liberal State to Social State.

The evolution for the Constitutional State provided the recognition of the Constitution normative force that, by the fundamental rights, reflected to fore the prominence of the Judiciary as a Constitution guardian. This averment is essential, since it embodies in the fundamental right to the effective judicial protection of social rights, comprehending the right to due process fit to the social protection.

This conception achieves the material fulfillment of the fundamental social rights, especially the rights of Welfare, they are, the right to Social Assistance, the right to Health and the right to Social Security. Resulting from the context that generated the phenomenon of Judicialization, these rights claim for a specific procedural dogmatic to become fully effective, since it can be judicialized due to omission of the Legislative and Executive. Hence it is proposed to construct a specific procedural dogmatic, different from the ordinary civil suit in the procedural conduct of social rights. This dogmatic claims an adherence of the process to the material right involved, since these material rights are special by invoking social issues related to the dignity of the human and the existential minimum. Therefore, this dogmatic also imposes to the Judiciary the power-duty of a proper conduct of the process for fundamentality of the material rights that it protects.

Keywords: *Fundamental rights. Judicialization. Public Policies. Due Process.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DO TEMA “JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS”	18
1.1 O ESTADO MODERNO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO	21
1.2 DO ESTADO DE DIREITO PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL: PARADIGMA DA EFICÁCIA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	32
1.3 A EMERGÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E DA EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	45
2 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURIDADE SOCIAL	50
2.1 CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	49
2.2 O RELATIVO CONSENSO SOBRE A SINDICABILIDADE DOS DIREITOS DE SEGURIDADE SOCIAL	58
3 PROPOSTA DOGMÁTICA E CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DE UMA PROCESSUALIDADE DA SEGURIDADE SOCIAL	69
3.1 O CONTEXTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA	69
3.1.1 A Irradiação do Sobreprincípio do Devido Processo Legal	76
3.1.2 A Exigência de Normas Processuais Aderentes ao Bem da Vida e que Assegurem a Efetividade do Direito Material	77
3.1.3 O Poder-Dever do Juiz de Flexibilizar os Institutos Processuais para Assegurar a Efetividade da Jurisdição	79
3.2 A PROPOSTA DE RELATIVA AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO	81
3.2.1 Não Preclusão do Direito à Seguridade Social e Suas Consequências Processuais	87

3.2.2	A Teoria do Acertamento e a Flexibilização dos Princípios Dispositivos e da Adstrição da Sentença	92
3.2.3	A Perspectiva da Proteção Judicial contra Lesões Administrativas por Omissão	98
3.3	A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DE UMA PROCESSUALIDADE DA SEGURIDADE SOCIAL	100
3.3.1	Coisa Julgada <i>secundum eventum probationes</i>	100
3.3.2	A Flexibilização das Regras do CPC	102
3.3.3	A Busca da Verdade Real por Meio do Processo	104
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
	REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto analisar, pelo fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas de Seguridade Social, à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a necessidade de uma dogmática e construção jurisprudencial específica de uma processualidade da Seguridade Social.

Para delimitar o tema será abordada a dimensão da processualística dos direitos de Seguridade Social como o direito à Saúde, à Assistência Social e à Previdência Social, com certo enfoque ao processo judicial nas causas em que se discutem o direito aos benefícios geridos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), embora as noções aqui estudadas possam ser relacionadas também aos Regimes Próprios de Previdência.

O objetivo institucional é obter o título de Mestre em Ciência Jurídica pelo programa de Mestrado em Ciência Jurídica do curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciência Jurídica (CPCJ/Univali).

O objetivo geral é evidenciar, de acordo com a Lei, a doutrina e a jurisprudência, os dispositivos constitucionais processuais aplicáveis ao processo judicial previdenciário para que o segurado tenha o acesso às Políticas Públicas Previdenciárias.

Os objetivos específicos são: 1) Identificar as condições de possibilidade do tema Judicialização das Políticas Públicas passando pela evolução do Estado e as teorias que propiciaram o reconhecimento da força normativa da Constituição a qual levou o Poder Judiciário a assumir o encargo de Guardião da Constituição e da efetivação das normas constitucionais; 2) Buscar a compreensão de que os direitos de Seguridade Social, especialmente os direitos previdenciários, por constituírem Direitos Fundamentais que exigem prestações estatais para a proteção da vida humana contra estados de necessidade, reclamam garantias processuais específicas, isto é, distintas daquelas destinadas à realização dos Direitos Fundamentais de defesa e dos direitos patrimoniais, de modo a tornar efetiva sua realização quando ela se dá mediante a Judicialização; 3) Identificar a importância

da existência de uma dogmática processual eficaz para a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, destacadamente os direitos de Seguridade Social; 4) Analisar as adaptações realizadas pela jurisprudência aos institutos processuais do processo civil clássico e das elaborações doutrinárias relacionadas ao tema.

Parte-se do reconhecimento do fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas para descobrir que condições históricas relacionadas com a evolução da concepção de Estado proporcionaram a ocorrência do referido fenômeno. O que mudou, nas concepções do pensamento jurídico normativo, que trouxe à tona o paradigma da força normativa da Constituição e a ascensão do Poder Judiciário como Guardião da Constituição e das normas constitucionais.

Se o papel do Poder Judiciário é o de entregar aos jurisdicionados o acesso à justiça, e não o acesso à jurisdição, o Estado Constitucional brasileiro fundado na Constituição vigente é a fonte da qual todos os ramos do direito encontram fundamento de validade, por isso algumas concepções clássicas do direito de caráter jurídico-dogmático podem ser aprimoradas ao serem aplicadas no momento em que o Estado-Juiz está a cumprir a relevante a fim de proporcionar o acesso à justiça, o papel de prestar a jurisdição constitucional para a efetivação das Políticas Públicas Previdenciárias.

Pela premissa de que, na aplicação das normas de processo civil, nas lides em que se discutem direitos de Seguridade Social, deve-se dar especial valor à Realidade Social das partes e às exigências processuais previstas na Constituição Federal Brasileira. Por consequência, identificar a necessidade de um ajustamento entre os institutos processuais civis e as exigências constitucionais processuais nos casos em que os direitos materiais envolvidos estejam relacionados aos direitos sociais de Seguridade Social.

Pelo pressuposto de que somente a Constituição Federal é a limitação para a atividade jurisdicional de entrega do seu produto final, o acesso à justiça, é importante conceber um modelo de Tutela Jurisdicional da Seguridade Social com a valorização das características próprias da lide social com sensibilidade ao direito material envolvido e a realidade social atual, com vistas a uma tutela efetiva e não meramente formal ou abstrata do direito.

Nesse contexto, será prestada uma Tutela Jurisdicional Adequada e efetiva em uma sociedade democrática para realizar o acesso à justiça, por meio do devido processo legal, aqui entendido como o processo justo previsto na Constituição Federal, inserindo o ser humano e sua dignidade como centro da interpretação jurídica processual como forma de controle do correto exercício do poder de julgar contra arbitrariedades do Estado-Administrador e do Estado-Juiz e afrontas aos direitos fundamentais⁸.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) A evolução da concepção de Estado e das teorias jurídicas e filosóficas do direito propiciaram o reconhecimento do direito fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada à concretização dos direitos matérias fundamentais, o que se consubstanciou na possibilidade do fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas;

b) A Judicialização das Políticas Públicas é resultado de um relativo consenso sobre a sindicabilidade dos direitos de Seguridade Social, resultado do reconhecimento da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais nela contidos;

c) A concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada que se dá pela Judicialização das Políticas Públicas reclama uma dogmática específica para uma processualidade dos direitos de Seguridade Social. Essa dogmática resulta num aperfeiçoamento da função jurisdicional do Estado;

d) A dogmática de uma processualidade dos direitos de Seguridade Social leva à concretização da aderência do direito processual ao direito material envolvido.

O resultado do trabalho de exame das hipóteses está exposto na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue:

⁸ SITTA, Eduardo Brol. **O Direito Previdenciário no neoprocessualismo**. Ieprev, Belo Horizonte, ano 6, n. 241, 10 set. 2012.

Principia-se, no Capítulo 1, com uma breve análise sobre a evolução das concepções de Estado que levaram à noção de Estado Social ou Estado Constitucional Moderno, substrato do direito fundamental à Tutela Jurisdicional adequada, especialmente a Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais de Seguridade Social. Analisa-se que a evolução do Estado, o paradigma da força normativa da constituição e o reconhecimento do Poder Judiciário como guardião da constituição foram elementos que proporcionam o fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas.

O Capítulo 2 dedica-se a analisar a Judicialização das Políticas Públicas explicitando o relativo consenso sobre a sindicabilidade dos direitos sociais amplamente aplicados nos tribunais brasileiros pela sobreposição da teoria do mínimo existencial à teoria da reserva do possível.

O Capítulo 3 trata de identificar uma dogmática processual para os direitos de Seguridade Social relacionada com os direitos processuais fundamentais previstos na constituição que devem superar os dogmas do processo civil clássico. Analisa-se a necessidade de um processo diferenciado, o que já é aplicado por todas as instâncias e tribunais brasileiros por meio de uma construção jurisprudencial e doutrinária.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são sintetizadas as contribuições sobre a Tutela Adequada para a Judicialização das Políticas Públicas de Previdência Social.

O Método utilizado na fase de Investigação foi o indutivo⁹; na fase de Tratamento dos Dados foi o Método Cartesiano, e o Relatório de Dados, expresso na presente dissertação, é composto na base lógico indutiva¹⁰.

As técnicas de investigação utilizadas foram as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica¹¹.

⁹ Forma de “(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de forma a ter uma percepção ou conclusão geral (...). PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC; coedição OAB Editora, 2003, p. 69.

¹⁰ Sobre os Métodos e Técnicas nas diversas fases da pesquisa científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC; coedição OAB Editora, 2003. p. 86-106.

Nesta dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados na lista de categorias no início da dissertação após o mapeamento das categorias primárias, além da indicação das principais abreviaturas utilizadas no presente trabalho.

¹¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC; coedição OAB Editora, 2003. p. 86-106.

CAPÍTULO 1

1 CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DO TEMA “JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS”

Hodiernamente a sociedade brasileira tem se valido de uma intensa atuação do Poder Judiciário como protagonista da efetivação de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição, em especial, os direitos de Seguridade Social.

Essa é uma realidade respaldada nas recentes decisões da Suprema Corte brasileira, nas quais se verifica a incidência do Poder Judiciário nas Políticas Públicas Sociais, das quais se cita, como exemplo, a decisão do Recurso Extraordinário RE 567985 em que se discute a definição do critério econômico para a concessão do benefício de prestação continuada da Assistência Social; a intervenção do Poder Judiciário na Política Pública de Saúde pela STA 175; a recente Súmula Vinculante 33 na qual o Poder Judiciário incide na Política Pública previdenciária dos servidores públicos, entre outras de igual importância.

Nota-se que a atuação de uma jurisdição constitucional, a qual é exercida de modo amplo. Desde o juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal a Constituição é interpretada, sendo possível inclusive a recusa na aplicação da lei ou atos normativos tidos por inconstitucionais.¹²

Essa atuação constante do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais é denominada “Judicialização das Políticas Públicas”, que é um fenômeno social e jurídico causador de inúmeras discussões nos mais diversos setores da sociedade. Um dos exemplos é a Ação Civil Pública, que é uma ação que visa o controle das Políticas Públicas quando existente a omissão do Estado. Atualmente essa ação encontra hesitação no mundo jurídico.¹³

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 383.

¹³ CANELA JR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

Sustenta-se, em geral, que não é possível ao Poder Judiciário interferir diretamente em assuntos de natureza política. Dentre os motivos, estão as questões relacionadas com o orçamento do Estado, impacto econômico e a ausência de instrumentalização do Judiciário para esse tipo de análise.¹⁴

A realidade vivida nos Tribunais brasileiros, no entanto, demonstra que o Poder Judiciário tem concedido a tutela jurisdicional em inúmeros casos em que se discute o direito aos bens da vida que são protegidos pela Constituição Federal, os direitos fundamentais, como saúde, educação, assistência social e previdência social.

Oswaldo Canela Jr., sobre a contextualização originária da Judicialização das Políticas Públicas, afirma que em meio à discussão sobre a possibilidade ou impossibilidade do protagonismo do judiciário, os motivos ensejadores desse fenômeno são decorrentes da situação política e social:

[...] assiste-se a um completo desrespeito dos entes públicos em relação aos direitos constitucionais dos cidadãos, fator que tem causado extrema miséria e incontida violência na sociedade. A abissal desigualdade existente entre os diversos setores da sociedade gera o ódio e o desespero, componentes altamente favoráveis à formação de governos totalitários, segundo nos relata a História. A democracia, valor tão caro à humanidade, encontra-se seriamente em risco quando o direito de votar é objeto de barganha por um pedaço de pão.¹⁵

Kazuo Watanabe, nesse sentido, sustenta que esses fatos, relacionados com intensa judicialização, motivaram um divisor de águas da ciência processual contemporânea e revelaram a possibilidade do Poder Judiciário poder interferir perante às populações marginalizadas, sendo um instrumento para a realização da democracia.¹⁶

¹⁴ CANELA JR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

¹⁵ CANELA JR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

¹⁶ WATANABE, Kazuo, *apud* CANELA JR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

As Políticas Públicas representam a satisfação espontânea dos direitos sociais pelo Estado, e, quando os Poderes Legislativo e Executivo se omitem nessa espontaneidade, gera a lesão dos direitos fundamentais sociais, o que necessariamente deve ser reparado por meio da judicialização.¹⁷

Watanabe afirma também que “conceitos como a ‘reserva do possível’, escassez de recursos, não devem constituir-se em embaraço à análise dos direitos fundamentais, pois conduzem à ‘autoneutralização’ do Poder Judiciário”.¹⁸

Cabe assumir a existência do fenômeno da Judicialização, uma vez que é um fato notório e também é um meio para a realização da democracia.

Investiga-se, portanto, quais as condições e antecedentes políticos, sociais e filosóficos criaram a possibilidade para o fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas, e já efetuando o devido recorte desse trabalho, das Políticas Públicas de Seguridade Social, ou seja, quais situações trouxeram esse protagonismo do Poder Judiciário para a realidade brasileira?

Importante ressaltar que não se pode tratar de Seguridade Social sem abordar a questão do intervencionismo estatal no meio social, fruto do Estado Contemporâneo Democrático, que foi a origem da ideia de intervenção nas questões sociais.¹⁹

Parte-se de uma explanação sobre o desenvolvimento do Estado Moderno e suas modalidades como fatores propiciadores do fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas de Seguridade Social.

¹⁷ CANELA JR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

¹⁸ WATANABE, Kazuo *apud* CANELA JR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 10.

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 13-14.

1.1 O ESTADO MODERNO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

A relação do tema “Judicialização das Políticas Públicas” com o Estado Constitucional Moderno é íntima, pois decorrente dele, a noção de Estado passou a adquirir características interventivas nas questões sociais.

Como o objeto desse capítulo é esclarecer as condições de possibilidade para o tema “Judicialização das Políticas Públicas” relacionadas com os direitos de Seguridade Social, cumpre efetuar o devido recorte histórico. Segundo Paulo Márcio Cruz:

Não se pode falar em Seguridade Social ou Direito Previdenciário sem a correspondente abordagem sobre o Estado Contemporâneo Democrático, pois foi a partir dele que a ideia de intervenção estatal no âmbito social se consolidou e, mais importante, ganhou positividade nos ordenamentos jurídicos sociais.²⁰

Para Cruz, o Estado Contemporâneo Democrático é o Estado que se contrapõe ao Estado Liberal a partir de meados do século XIX e evoluiu para uma postura interventiva.²¹

Pasold defende que o Estado Moderno vigorou até 1916, quando nasce o Estado Contemporâneo, tendo por marco, a Constituição Mexicana de 1917.²²

²⁰ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 13.

²¹ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 14.

²² PASOLD, Cesar Luiz. **Concepção para Estado Contemporâneo**: síntese de uma proposta. p. 9. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32816-40672-1-PB.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2014.

Assim, uma vez que se quer relacionar o fenômeno atual da Judicialização das Políticas Públicas com a concepção de Estado Contemporâneo Democrático, comunga-se com as lições de Dallari de que a compreensão das diversas noções de Estado é de fato importante, devido às diversas correntes que se dedicam a estudá-lo, uma vez que das diferentes concepções resultam conclusões distintas.²³

Nas lições de Bonavides, com o fim da Idade Média, surge o Estado Moderno, que passa por três fases ou modalidades, sendo a primeira o Estado Liberal^{24 25}.

No Estado Liberal, conhecido também como Estado de Polícia, a forma de governo vigente era a Monarquia Absoluta, que consistia em algumas premissas: a) no direito ilimitado da administração pública; b) *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é a lei suprema); c) *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei); d) *the king can do no wrong* (o rei não pode errar).²⁶ Nesse período o Estado fundava-se nas concepções de soberania e de polícia.

Os agentes estatais não encontravam na lei os limites do agir, atuando de forma livre sem qualquer controle, de forma arbitrária.

Era o Estado Absoluto legitimado e fundamentado pela doutrina dos teólogos para dar-lhe sustentação.²⁷

Numa outra fase da teoria do Absolutismo, Hobbes escreve o Leviatã, sustentando que o poder não emana da divindade, mas da razão prática do homem, dos imperativos racionais justificando a lógica de que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça justificando o poder do monarca.²⁸

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 43-50.

²⁴ Bonavides classifica as três modalidades do Estado Moderno, sendo o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático-Participativo.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 43.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 18.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 39.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 38.

O fim dessa época se dá pela Revolução Francesa em que o absolutismo pré-1789 alcançava seu fim, o Estado Moderno era então marcado com o sangue e a catana das guilhotinas, inaugurava a era das liberdades do Estado constitucional.²⁹

Com base nas doutrinas de Montesquieu e Rousseau³⁰, surge uma limitação do poder do Estado, que, segundo Montesquieu é “uma experiência que todo homem que possui o poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”³¹, consubstanciado na premissa da ideia do direito de fazer tudo o que as leis permitem, impondo-se a concepção do poder limitado pelo poder.

Essa limitação do poder encontra finalidade no fracionamento do poder estatal em relação às competências para executar e julgar para que não haja acúmulo de poder num mesmo ente estatal.

Segundo Rousseau, “o homem nasce livre”, mas, para que a sobrevivência seja possível, surge a necessidade da associação entre os homens, por meio do “pacto social”, e, por ele, “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo”³². Ainda, continua o autor, “em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, e que, por esse mesmo ato, ganha unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade.”³³

Na Idade Média no que se refere à expressão de poder, sustentou-se pela teologia jusnaturalista, mesma base filosófica do direito natural.

O direito natural, porém, reaparece com desvinculação da divindade exaltando a razão a qual sustenta o Constitucionalismo, em substituição ao Absolutismo.³⁴

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 40.

³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Livro II, Cap. VI, p. 107.

³¹ MONTESQUIEU, Barão de. **O Espírito das Leis**. Livro XI, Cap. IV. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 173.

³² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Livro II, Cap. VI, p. 71.

³³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Livro II, Cap. VI, p. 71.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 42.

Entende-se que a proposição mais importante do Estado Constitucional Moderno é a transformação do Estado Absoluto em Estado Constitucional. Era a exaltação da legalidade como valor supremo que foi expressa nos códigos e nas Constituições.³⁵

São três modalidades de Estado Constitucional: a) O Estado Liberal, sendo o Estado da separação dos poderes; b) O Estado Social, sendo o Estado Constitucional dos direitos fundamentais; e c) O Estado Democrático-Participativo, sendo o Estado Constitucional da Democracia participativa.³⁶

Nas três modalidades ocorria a preocupação com os direitos fundamentais, uma vez que representam apenas diferentes faces do Estado Constitucional, influenciado pela importância e expansão dos direitos fundamentais e pelo surgimento de novos direitos.³⁷

Da concepção do Estado de Polícia, delineada pela filosofia de Montesquieu e Rousseau a humanidade evoluiu para o Estado Liberal (Estado Constitucional da separação dos Poderes).³⁸

No contexto histórico, o Estado Liberal caracterizado pelas Revoluções Burguesas do século XVII e XVIII (Revolução da Independência Americana e Revolução Francesa) fundamentava-se pela subordinação total ao direito positivo, sendo sua atuação sempre nos limites da lei.

Esta era a primeira modalidade de Estado Constitucional, comprometido com a liberdade, os direitos civis e políticos, direitos fundamentais de primeira dimensão, era o Estado Liberal, uma fase do Constitucionalismo.³⁹

Nessa primeira geração de direitos fundamentais, das liberdades negativas, o Estado abstinha-se, para que o cidadão fosse livre para fruir sua liberdade. O Constitucionalismo liberal preocupava-se em proteger o indivíduo do

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 43.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 43.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 43.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 43.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 45.

Estado. O momento histórico dessa concepção buscava o enfraquecimento do Estado em relação às liberdades individuais.⁴⁰

O princípio da separação dos poderes tinha por objetivo racionalizar a atividade Estatal a fim de afirmar os direitos individuais, evitando a sua concentração e o nascimento de poderes arbitrários.

Tal princípio objetivava conter a ação da realeza para com os juízes, a qual não podia ser tolerada devido à afirmação dos direitos individuais. Se a lei é o comando geral e abstrato derivado da vontade do povo, qualquer interferência no caso concreto, caracterizaria uma ofensa à ordem estabelecida.⁴¹

No período de transição do Estado Liberal para o Estado Social, houve modificações nas suas concepções e finalidades. O Estado Social, também chamado de Estado Contemporâneo Democrático, Estado de Bem-Estar, Estado Social Democrata ou Estado Constitucional Moderno.⁴²

Segundo Paulo Márcio Cruz, pode ser entendido como aquele que atua na sociedade com o objetivo de garantir aos cidadãos a igualdade nos âmbitos econômico, social e cultural.⁴³

A formação ideológica do Estado Constitucional Moderno tem bases no Socialismo, uma vez que essas ideias pressionaram as sociedades da Europa com o intuito de flexibilizar os dogmas do Estado Liberal.⁴⁴

O Estado passou a existir para atender o bem comum, os direitos fundamentais, e proporcionar a igualdade material na sociedade. Do dever de

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 216.

⁴¹ CANELA JR., Oswaldo. **A Efetivação dos Direitos Fundamentais Através do Processo Coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. 2009. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2009.

⁴² CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 13.

⁴³ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 13.

⁴⁴ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 13.

abstenção do Estado surgiu a ideia de *dare, facere, praestare*⁴⁵, atuando positivamente na consolidação dos novos direitos.

Decorrente das concepções *dare, facere, praestare*, no Brasil, a Lei da Ação Popular nos arts. 4º, II, b e V, b, da Lei nº 4.717/1965, depois, o art. 5º da CF/1988, LXXIII, indicaram a possibilidade do Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo para anular atos administrativos sem o requisito da ilegalidade, apenas por mera lesividade.⁴⁶

Nesse ponto já se pode perceber a autorização expressa da política constitucional para efetiva tutela de direitos.

É possível vislumbrar a característica intervencionista do Estado, agindo efetivamente sobre o sistema econômico, social e cultural, obedecendo a parâmetros mínimos de cidadania política, justiça, representatividade, legalidade e legitimidade.⁴⁷

Nessa vereda, cabe mencionar os ensinamentos de Paulo Márcio Cruz sobre o Estado Constitucional, denominado também de Estado Contemporâneo Democrático:

Conceitualmente, Estado Contemporâneo Democrático é aquele Estado que se contrapõe ao Estado liberal a partir principalmente da segunda metade do século XIX evoluindo, durante todo o século XX, para uma posição interventiva.⁴⁸

Bonavides denomina como sucessor do Estado Liberal o Estado Constitucional dos direitos sociais, ou Estado Social, esse Estado gira em torno de

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010.

⁴⁷ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 14.

⁴⁸ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 14.

formalismos uma vez que sua identidade se caracteriza pelos direitos fundamentais e sua legitimidade cresce em razão da sua concretização.⁴⁹

Existem, porém, variações do Estado Social em razão do lugar e das sociedades, e isso tem por consequência a eliminação da rigidez formal, uma vez que não há como conceber um modelo de Estado Democrático adequado para todas as sociedades.⁵⁰

Segundo Georges Burdeau, outra importante característica do Estado Social é a “solução da democracia pluralista”⁵¹, que significa, a existência de ponderações para preservar parte do Estado Liberal com uma tendência ao social.

Enfim, para o Estado Liberal protetor dos direitos de primeira geração, a lei era tudo, com a nova perspectiva constitucional dos direitos sociais, como os direitos de segunda geração, a legitimidade se fez paradigma dos Estatutos Fundamentais. O fundamento da teoria da norma constitucional passou a ser a legitimidade.

Paulo Bonavides, sobre o tema ensina:

A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é o princípio, e o princípio é a Constituição na essência; é sobretudo sua normatividade. (...) a legalidade é a observância das leis e das regras; a legitimidade, a observância dos valores e dos princípios. Ambas se integram na juridicidade e eficácia do sistema, fazendo-o normativo; sendo, tocante a essa normatividade, os princípios e gênero, e as leis e regras a espécie. A regra define o comportamento, a conduta, a competência. O princípio define a justiça, a legitimidade, a constitucionalidade.⁵²

Dada a extrema importância dos direitos fundamentais como base da nova legitimidade, em que a lei tem eficácia em função dos direitos fundamentais, surge a chamada revolução copernicana, caracterizada pela supremacia da

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 50.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 50.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 15.

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 51.

legitimidade sobre a legalidade, da Constituição sobre o Código, do princípio sobre a regra.⁵³

Segundo Paulo Bonavides, não há Estado Social e uma ordem econômica e social numa democracia pluralista, sem Constituição⁵⁴, e segundo Norberto Bobbio, o pressuposto básico do Estado Contemporâneo, é a promoção de valores coletivos para a superação de um direito com função protetora-repressiva.⁵⁵

É pertinente ainda a constatação da localização histórica do Estado Contemporâneo, que segundo Pasold se deu em 1917, com a Constituição Mexicana, e, em 1919, com a Constituição de Weimar.⁵⁶

Paulo Márcio Cruz, sobre o Estado Contemporâneo, leciona que estas mudanças na concepção de Estado ocorreram devido às alterações sociais do século passado, especialmente àquelas ligadas aos direitos do proletariado, inclusive com fatores decorrentes da Revolução Industrial, como a associação de trabalhadores que almejavam objetivos sociais, o aparecimento da miséria com o surgimento de aglomerados urbanos que levaram ao colapso das instituições de caridade clássicas, o aparecimento de providências públicas municipais, a crise da responsabilidade compartilhada (trabalhador-empresa), decorrente da grande quantidade de acidentes do trabalho e o questionamento do modelo de Estado Mínimo, próprio do liberalismo.⁵⁷

Importante ressaltar aqui que o sentido da expressão Estado Social está relacionado à classe trabalhadora, a qual compeliu o Estado por meio da Constituição, a adotar programações destinadas a melhorar sua condição de vida.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 51.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo, *apud* CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS. José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 16.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto, *apud* CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS. José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 13.

⁵⁶ PASOLD, Cesar Luiz, *apud* CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS. José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 14.

⁵⁷ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS. José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p.19.

Percebe-se aqui a busca pela dignidade humana, direitos sociais, direito de proteção ao trabalho e proteção da vida.

Nas lições de Lenio Streck, o Estado Democrático de Direito integra os modelos de Estado já citados, acrescentando as condições para a efetivação das promessas da modernidade, transformando a realidade.

Segundo suas lições:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através do ideal de vida consubstanciado nos princípios que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade. Por isso, como já referido anteriormente, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principiológico.⁵⁸

Continua ainda:

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública,

⁵⁸ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: 2009, p. 37.

mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas.⁵⁹

Segundo Heller, o Estado Social tem como eixo central a incorporação jurídica da Seguridade Social e das relações de trabalho e este foi afirmado frente ao nazismo e o auge econômico do capitalismo.⁶⁰

Fora determinante na consolidação do Estado Social a influência do Socialismo, especialmente nos direitos de Seguridade Social.

Outra condição de possibilidade para o fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas de Seguridade Social, além da evolução das concepções de Estado, pode-se citar o chamado Estado de Bem-Estar.

O Estado de Bem-Estar é sinônimo de Estado Social Democrata e Estado Social, que são denominações para um modelo ideológico de Estado, mas cada um com características próprias.⁶¹

O Estado de Bem-Estar pode ser entendido como uma construção política e normativa da Seguridade Social.⁶²

Sobre esse entendimento, Paulo Márcio Cruz, esclarece que:

O Estado de Bem-Estar é o produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal que pretendeu superar as crises de legitimidade que este possa sofrer, sem abandonar sua estrutura jurídico-política. Caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o

⁵⁹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: 2009, p. 36.

⁶⁰ HELLER, *apud* CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social**. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 21.

⁶¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social**. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 22.

⁶² CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social**. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 22.

reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais, numa concepção de seguridade social, que o estado providencia, pela intervenção, aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos.⁶³

O Estado de Bem-Estar representa um afastamento de aspectos da ordem política, social, jurídica e econômica ocorrida nos países ocidentais. O caráter concentrador da organização político-administrativa do Estado Moderno revelou problemas sociais decorrentes da concepção liberal e de uma sociedade individualista.⁶⁴

O Estado tomou para si a solução dos problemas sociais pela intervenção direta nos domínios econômico, social e cultural. Baseou-se na intervenção social, que não deve ser confundida com a intervenção do fascismo ou o comunismo. Suas intenções foram a de garantir a acumulação capitalista intervindo sobre a demanda para garantir a estabilidade social e reconheceu um conjunto de direitos sociais.⁶⁵

O Estado de Bem-Estar social incluiu no constitucionalismo social comandos para os poderes públicos financiarem prestações de serviços públicos e gratuitos aos cidadãos. Buscava garantir igualdade de oportunidades e distribuição de renda, tendo a Seguridade Social destacado papel nessa evolução.⁶⁶

Os poderes públicos passaram a prestar serviços aos cidadãos nas áreas da educação, habitação e também na Seguridade Social, abrangendo assim a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social.⁶⁷

⁶³ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 22.

⁶⁴ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 23.

⁶⁵ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 24.

⁶⁶ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 24.

⁶⁷ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 25.

A partir dessa ideia, o que remete ao título do presente capítulo, a evolução histórica do Estado descrita até agora confluiu para o alto grau de importância dos direitos sociais. Esses direitos sociais, previstos na Constituição propiciaram o surgimento das Políticas Públicas sociais. Este conjunto de fatores, e outros mais que serão investigados adiante, são chamados aqui de condições de possibilidade para o fenômeno da Judicialização dos direitos sociais.

1.2 DO ESTADO DE DIREITO PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL: PARADIGMA DA EFICÁCIA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Paralelamente à evolução descrita no item anterior houve antecedentes teóricos e filosóficos no campo do direito constitucional que ao longo da história proporcionaram e convergiram para a justificativa da intensa atuação do Poder Judiciário na realidade social brasileira.

O pensamento constitucional, a noção de constituição, sofreram inúmeras alterações até que a Constituição fosse aceita como norma jurídica. Uma das realidades do Estado Constitucional é a teoria da força normativa da Constituição, apta à salvaguarda do Poder Judiciário.

A posição protetora do Poder Judiciário, como escudo dos direitos fundamentais previstos na Constituição, leva necessariamente à intervenção nas Políticas Públicas, uma vez que elas definem a aplicabilidade prática dos direitos fundamentais sociais pela eficácia das normas constitucionais.

Muitos autores trataram do tema da “força normativa da Constituição”, dentre eles Konrad Hesse⁶⁸, Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁹, Luiz Roberto Barroso⁷⁰, José Joaquim Gomes Canotilho⁷¹, e outros mais.

⁶⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

Antes, porém, da emergência do tema da força normativa da Constituição, fruto, na expressão de Luiz Roberto Barroso, do “novo direito constitucional brasileiro”, ocorreram inúmeros antecedentes⁷².

Dentre os antecedentes, está a “teoria jurídica tradicional em que o direito é puro e idealizado e justificava o Estado arbitrário, sendo o Juiz a *“la bouche qui prononce les paroles de la loi”*”⁷³, refém da separação dos Poderes, sem papel criativo. Em síntese, o direito tinha caráter científico, empregava-se a lógica formal, havia uma pretensão de completude com racionalidade da lei e neutralidade do intérprete.⁷⁴

A “teoria crítica do direito”, a qual questionava a teoria tradicional nas suas premissas de que o direito não está contido inteiramente na lei, podendo existir sem a “benção” estatal da positivação, o intérprete deve buscar a justiça e preconiza também a interdisciplinaridade como colaboração ao universo jurídico.⁷⁵

A “ascensão e decadência do Jusnaturalismo”, uma das principais correntes filosóficas do direito ao longo dos séculos, era a afirmação de que há um conjunto de valores que não decorrem de norma jurídica advinda do Estado, esses valores tem validade em si e não dependem do direito positivo. É superior ao direito positivo e estabelece limites à norma Estatal.⁷⁶

A Revolução Francesa, a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração de Independência dos Estados Unidos foram impregnadas de ideias jusnaturalistas, tendo por teórico John Locke. A maior realização do

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O Problema da Efetividade das Normas Constitucionais e da Força Normativa da Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 195.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 228.

⁷³ MONTESQUIEU, 1993 *apud* BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 234.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 235.

jusnaturalismo foi o Código Napoleônico (1804), no entanto, em busca de clareza e simplificação incorporou-se pela tradição romano-germânica consubstanciando-se em códigos.⁷⁷

Com o advento do Estado Liberal e a consolidação dos ideais constitucionais o jusnaturalismo teve sua superação histórica devido à incorporação dos direitos naturais pelos ordenamentos positivos.

Com a derrocada do jusnaturalismo e a exaltação da razão, tudo passa a ser ciência. É o positivismo.

Dentre as características do positivismo: a) A ciência é o único conhecimento verdadeiro, isento de indagações teleológicas ou metafísicas que busquem questionar as causas e princípios abstratos, impossíveis de demonstração; b) O conhecimento científico é objetivo, imune a opiniões, preferências ou preconceitos; c) O método científico das ciências naturais (observação-experimentação) deve ser aplicado a todas as áreas de conhecimento, mesmo as ciências sociais.⁷⁸

Em que pese as diversas correntes positivistas que influenciaram o pensamento jurídico, tem relevância, em virtude da influência desempenhada no pensamento jurídico da modernidade, a corrente normativista ou formalista, cujo principal adepto foi Hans Kelsen.⁷⁹

É possível elencar as seguintes características dessa teoria: a) A aproximação quase plena entre direito e norma; b) A afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; c) A completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir de elementos do próprio sistema; d) O formalismo: a validade de uma norma decorre do

⁷⁷ BARROSO, BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 238.

⁷⁸ BARROSO, BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 239.

⁷⁹ KELSEN. Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.⁸⁰

Segundo as lições de Norberto Bobbio, o positivismo jurídico considera o direito como um fato e não como um valor. “O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogo àqueles do mundo natural”. O autor ainda prossegue no seguinte pensamento: “na linguagem juspositivista o termo “direito” é então absolutamente desprovido de conteúdo valorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor.”.⁸¹

Nesse contexto, para o autor citado, direito é norma que não necessita de um valor. Cabe ao interprete sua aplicação no caso concreto considerando somente sua validade formalística.

No que se refere à completude do ordenamento jurídico, dentre as características do positivismo, a coerência não permite a existência simultânea, no mesmo ordenamento jurídico de normas antinômicas ou contraditórias, daí é que a completude e a coerência permitem que o juiz solucione o caso concreto pela *regula decidendi*, excluindo lacunas do ordenamento jurídico.⁸²

Essas características do positivismo denota a impossibilidade de uma atividade criadora do direito.

Nessa perspectiva, o positivismo jurídico consubstanciado pelas normas vigentes que foram emanadas do Estado é tido como um sistema coerente, capaz de solucionar em si mesmo, qualquer problema jurídico. A ausência do conteúdo valorativo afastava os ideais de justiça e moralidade ficando distantes do direito.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 240.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131.

⁸² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 133.

Conforme já tratado, o método de interpretação mecanicista, que leva a ideia de um julgamento neutro, conduziria a descoberta da essência da norma interpretada.

Gustavo Zagrebelsky, sobre a concepção positivista tradicional, diz que a solução do direito pelas regras do direito, leva, reduz, a uma interpretação mecanicista lógica sem discricionariedade, campo de liberdade, e o trabalho da jurisprudencial se esgota em mero serviço prestado ao legislador e a sua vontade, dizendo apenas o verdadeiro significado contido nas formulas usadas pelo legislador.⁸³

Luiz Roberto Barroso afirma que o positivismo jurídico sofreu uma derrota histórica, sofrendo inúmeras críticas. Sobre a decadência do positivismo na história, remete à necessidade de o mundo obter um novo movimento teórico que compatibilize o direito com os ideais de justiça ajustando a norma com os princípios e valores jurídico-sociais:

Com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica. A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade.⁸⁴

No mundo houve um chamado fetiche da lei e do legalismo como subprodutos do positivismo, que serviram de fundamento para o autoritarismo.⁸⁵

A decadência do positivismo tem a imagem associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, cujos movimentos proporcionaram a barbárie em nome da lei. No fim da Segunda Guerra Mundial já não era aceitável um

⁸³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241.

pensamento jurídico desprovido de valores éticos e de uma lei com estrutura formalística.⁸⁶

Superado o jusnaturalismo e fracassado politicamente o positivismo, inicia-se uma tendência acerca do Direito e sua função social, da justiça além da lei, da igualdade material e da teoria dos direitos fundamentais. Inicia-se uma redefinição acerca das relações entre valores, princípios e regras.

Pela superação dos antecedentes teóricos e filosóficos delineados acima, o Estado Constitucional tem início a partir da Segunda Guerra Mundial, e tem por característica a subordinação da lei a uma Constituição. É necessária a compatibilidade do conteúdo da lei com as normas constitucionais, as quais apresentam uma imperatividade típica do Direito.⁸⁷

Sobre a superação do positivismo, sendo o positivismo um obstáculo ao constitucionalismo, Lenio Streck afirma:

Sem embargo, parece não haver dúvida que o positivismo, compreendido *lato sensu* (portanto, sob os mais variados aspectos), não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito (invasão da filosofia pela linguagem) e suas consequências no plano da doutrina e da jurisprudência. A questão consiste, portanto, no que “colocar no lugar” do velho positivismo exegético. [...] como é possível continuar a sustentar o positivismo nessa quadra da história? Como resistir ou obstaculizar o constitucionalismo que revolucionou o direito no século XX?⁸⁸

O constitucionalismo não pode repetir equívocos do positivismo com leituras exegéticas da legislação, como se a Constituição não existisse proporcionando divisionismos ou discricionariedades interpretativas.⁸⁹

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244.

⁸⁸ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 283.

⁸⁹ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 283.

Historicamente, o marco do direito constitucional na Europa foi constitucionalismo do pós-guerra (Alemanha e Itália), já no Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização.⁹⁰

Pela Constituição o legislador e o administrador submetem-se aos limites por ela estabelecidos e também aos deveres de ação. A ciência do Direito tem um papel crítico e a jurisprudência passa a invalidar atos legislativos e administrativos numa produção crítica e criativa das normas jurídicas a partir da Constituição.⁹¹

Canotilho refere que o direito constitucional é direito positivado, uma vez que o conjunto de regras e princípios constitucionais tem força normativa, são leis:

O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objetivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como “lei”: o direito constitucional é direito positivo. Neste sentido se fala na constituição como norma e na força normativa da constituição.⁹²

O marco filosófico ensejador do novo direito constitucional é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual passou a integrar a Declaração dos Direitos Humanos (1948), a Constituição Italiana (1947), Alemã (1949), Portuguesa (1976) e a Espanhola (1978). Na constituição brasileira de 1988, no art. III, é a origem dos direitos materialmente fundamentais e seu núcleo, individuais, políticos e sociais.⁹³

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 183.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251.

Dentre os marcos teóricos do Estado Constitucional, cumpre exaltar a obra de Konrad Hesse, que trata da força normativa da Constituição, explicitando o paradigma existente entre a Constituição Real e a Constituição Jurídica.

Konrad Hesse, contrapondo as teorias de Ferdinand Lassale, afirma que a Constituição não é apenas um pedaço de papel, existindo pressupostos realizáveis que permitem assegurar a sua força normativa.⁹⁴

Eis o paradigma: segundo a tese de Ferdinand Lassale a Constituição de um país é a expressão das várias vertentes de poder nele presentes. O poder militar representado pelas forças armadas, o poder social representado pelos latifundiários, o poder econômico representado pelas indústrias e o poder intelectual representado pela consciência e cultura.⁹⁵

Segundo Lassale, esses poderes, ou fatores reais de poder formam a Constituição Real de um país. O documento, chamado de Constituição Jurídica, segundo Lassale, é um pedaço de papel, o qual é limitado pela Constituição Real.⁹⁶

Essa Constituição Jurídica, na concepção de Lassale, deve sucumbir no caso de conflito com a Constituição real, o poder da força é superior à força das normas jurídicas e as normas submetem-se à realidade de fato.⁹⁷

A submissão cotidiana da Constituição Jurídica à constituição real significa a negação da Constituição Jurídica, havendo uma contradição com a essência da Constituição, nega o seu valor enquanto ciência jurídica.⁹⁸

Para Hesse, a questão refere-se à força normativa da Constituição. Os limites e possibilidades da atuação da Constituição Jurídica e os pressupostos da eficácia da Constituição.

⁹⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 5.

⁹⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 5.

⁹⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 9.

⁹⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p.10.

⁹⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p.11.

Hesse, na sua teoria existe um “condicionamento recíproco entre a Constituição Jurídica e a realidade político-social”⁹⁹, sendo igualmente importantes, não podem ser isoladamente consideradas.

Refere Hesse, que não pode haver isolamento entre a norma e a realidade, pois se estaria ressuscitando o positivismo formalístico isento de valores.

A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) [...] leva quase que inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elementos da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.¹⁰⁰

Explicitado está a grande mudança de paradigma do século XX, que atribuiu à norma constitucional o status de norma jurídica, superando o modelo europeu que vigorou no século XIX, que considerava a constituição um documento essencialmente político restrito ao legislador ou à discricionariedade do administrador. Não era reconhecido ao Poder Judiciário um papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.¹⁰¹

Após a Segunda Guerra Mundial esse fenômeno da força normativa da Constituição teve respaldo na Alemanha, Itália, Portugal e Espanha. A Constituição passou a ter imperatividade, sendo sua inobservância passível de cumprimento coercitivo.¹⁰²

⁹⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p.13.

¹⁰⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 13.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

No Brasil, a Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência produzidas a partir da sua promulgação tiveram e tem a incumbência de romper com as posições mais retrogradadas.¹⁰³

A Suprema Corte brasileira tem se pronunciado sobre a força da constituição e do papel do Poder Judiciário em importantes julgados.

Um deles é o ARE 639337 do STF, no qual o Ministro Celso de Mello faz importantíssimas considerações que enriquecem a doutrina da força normativa da Constituição, estabelecendo que cabe ao Poder Judiciário o dever Jurídico de intervenção no âmbito das Políticas Públicas, no caso de omissão Estatal.¹⁰⁴

No caso, a premissa fática consiste no descumprimento, pelo Município de São Paulo da obrigação constitucional prevista no art. 208 da Constituição Federal, que impõe ao Estado o dever de proporcionar o atendimento em creche de crianças de até 5 anos de idade em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais.

Sendo que a educação infantil é uma prerrogativa constitucional, um direito fundamental de toda criança, não está subordinada a avaliações discricionárias da Administração Pública, pelo que, fora possível a intervenção do Poder Judiciário para a efetivação do direito fundamental:

Assim é o pronunciamento do Ministro Celso de Mello:

Embora inquestionável que resida primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar Políticas Públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de Políticas Públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgão estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo,

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 263.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Are nº 639337**. Município de São Paulo. Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 set. 2011.

vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.¹⁰⁵

Justifica ainda que a intervenção do Poder Judiciário na área da educação infantil tem o objetivo de “neutralizar os efeitos lesivos e perversos que traduzem um insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura.”.¹⁰⁶

Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, destaca-se ainda a ementa da decisão proferida na ADPFMC 45/DF, relator Celso de Mello, Diário da Justiça, 29 abr. 2004, que trata da intervenção judicial por abusividade governamental:

EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A Questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de Políticas Públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade dos e da intangibilidade do núcleo consubstancial do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Outra importante decisão no âmbito da Suprema Corte brasileira é a STA 175, na qual se discute a intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas de Saúde. Um dos entendimentos sobre a intervenção do poder judiciário nesse âmbito refere-se intervenção para o efetivo cumprimento das Políticas Públicas existentes:

¹⁰⁵ MELLO, Celso de. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Are nº 639337**. Município de São Paulo. Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 set. 2011.

¹⁰⁶ MELLO, Celso de. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Are nº 639337**. Município de São Paulo. Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 set. 2011.

No Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de Políticas Públicas já existentes.¹⁰⁷

Luiz Roberto Barroso afirma que esse fenômeno em que se descobre a força normativa da Constituição é chamado de o “novo direito constitucional” ou neoconstitucionalismo contemporâneo entendido como noção de constituição dirigente, constituição compromissória, que para a ciência jurídica, deveria ser tratada como interesse primário, uma vez que há promessas não cumpridas ainda distantes da sua efetivação.¹⁰⁸

O novo direito constitucional, que se apresenta como uma *terceira via* entre às correntes jusfilosóficas do positivismo e jusnaturalismo, pois não o entende desconectado da realidade moral e política contestando a separação entre o direito, moral e política¹⁰⁹.

O novo direito constitucional busca ir além da legalidade estrita sem desprezar o direito posto, buscando uma leitura moral da Constituição e das Leis, reconhece a normatividade dos princípios e a teorização dos Direitos Fundamentais baseados na dignidade da pessoa humana reaproximando o direito da ética, a ciência jurídica e a filosofia do direito.¹¹⁰

A constitucionalização do pensamento jurídico deu lugar ao “constitucionalismo”. Denomina-se genericamente constitucionalismo, mais precisamente, neocostitucionalismo, com o fim de acentuar o novo caráter na atualidade, à teoria ou conjunto de teorias que tem

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA nº 175**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 de setembro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 jun. 2009.

¹⁰⁸ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250.

proporcionado uma concepção justicista conceitual e normativa para a constitucionalização do direito não positivista.¹¹¹”

É fundamental defender a existência de premissas que corroboram o constitucionalismo como essencial a efetivação das Políticas Públicas Sociais: A Normatividade¹¹², Superioridade e Centralidade da Constituição.¹¹³

a) A normatividade da Constituição como normas dotadas de imperatividade;

b) A superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica;

c) A centralidade da Constituição, pelo fato de que os demais ramos do direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que estabelece a Constituição.

Paulo Márcio Cruz enfatiza que a aplicação da norma constitucional ficava por conta das forças políticas dominantes em cada momento da história. A partir do século XX, portanto, tal situação mudou devido à extensão do conceito de Direito Constitucional como direito “mais forte” cuja efetiva supremacia deve ser garantida e também da tendência da proteção aos direitos individuais que levou os cidadãos a retirarem direitos diretamente dessas normas para os invocarem perante os poderes públicos de modo imediato e vinculante.¹¹⁴

De todo o exposto, conclui-se que a força normativa da Constituição decorrente das transformações do Estado e de conceitos teóricos e filosóficos do

¹¹¹ FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo**. In: OLIVEIRA NETO, Francisco J. R. de. A Estrita Legalidade como Limitador Democrático da Atividade Jurisdicional. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011.

¹¹² Na atualidade, nos países dotados de regimes constitucionais democráticos, as normas de Direito Constitucional podem ser definidas como autênticas normas jurídicas, traduzíveis em mandamentos concreto, cujo não cumprimento é suscetível de sanção, determinada por um órgão jurisdicional. CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 32.

¹¹³ BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

¹¹⁴ CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 32.

direito Constitucional, consubstanciou-se num aporte fundamental para o fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas sociais.

1.3 A EMERGÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E DA EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Segundo GRINOVER, antes da Constituição Federal de 1988 os tribunais brasileiros se autolimitavam sob o entendimento da impossibilidade da interferência judicial no mérito administrativo, sendo inúmeras decisões nesse sentido.¹¹⁵ Um dos exemplos é a Súmula 339 da década de 1960 do STF com o seguinte enunciado: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob o fundamento da isonomia”.

Após a CF/1988 é superada a impossibilidade da atuação do Poder Judiciário no mérito administrativo pelos direitos fundamentais processuais nela descritos.

Com a constitucionalização dos direitos surge a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento jurídico, a qual se dá por via da jurisdição constitucional, ora pela declaração de inconstitucionalidade ora pela interpretação conforme a constituição.¹¹⁶

Como já dito anteriormente, a jurisdição constitucional no Brasil se dá pela atuação do Poder Judiciário desde o Juiz estadual até o Supremo Tribunal

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010, p. 11.

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382.

Federal, podendo inclusive o órgão do judiciário deixar de aplicar a lei considerada inconstitucional.¹¹⁷

Juntamente como a intensa atividade jurisdicional descrita, no Brasil, pela Constituição de 1988, a demanda por justiça aumentou de maneira significativa. A concepção de cidadania, o conhecimento dos direitos e a ampliação da legitimidade ativa para a tutela dos direitos, os juízes e tribunais consubstanciaram uma vigorosa ascensão do Poder Judiciário. De um mero papel técnico, um departamento técnico, o Poder Judiciário passou a exercer um papel político.¹¹⁸

Verifica-se também que não só no Brasil, mas no mundo o Poder Judiciário tem influenciado em importantes questões.

Sobre o protagonismo do Poder Judiciário no mundo, Luiz Roberto Barroso ensina:

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v Gore. Em Israel, a suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte constitucional da Turquia tem desempenhado num papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment. Todos estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre a política e a justiça no mundo contemporâneo.¹¹⁹

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em 02.11.2014.

A emergência do Poder Judiciário é um fato e, no Brasil, o STF – Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado sobre diversos temas relevantes para a sociedade, em especial, em temas da Seguridade Social. Dentre os temas, o STF no julgou a questão do critério econômico para a concessão do benefício de prestação continuada da Assistência Social (Reclamação 4.374 e Recurso Extraordinário 567985):

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem

pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 567985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)

O Ministro Marco Aurélio no referido processo, em seu voto, afirma a importância da interpretação constitucional feita pelo Supremo Tribunal Federal como um guardião da Constituição, esclarecendo que “ao lado da interpretação constitucional feita pelos outros Poderes da República, o interprete último da Carta é o Supremo.” “Nessa relação de tensão entre a normatividade constitucional, e infraconstitucional e a facticidade inerente ao fenômeno jurídico, incumbe-lhe conferir prioridade à tarefa de resguardar a integridade da Carta.”¹²⁰

Sobre o direito à Saúde, o STF pronunciou-se sobre a responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos, demonstrando o que já foi dito até agora, um tribunal apto a efetivação das normas constitucionais.

Ementa Direito Constitucional. Saúde. Fornecimento de Medicamento. Solidariedade dos Entes Federativos. Precedentes. Acórdão Recorrido Publicado Em 10/10/2012. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 799978 Agr., Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 06-11-2014 PUBLIC 07-11-2014)

Em todos os exemplos citados resta evidente a atuação do Poder Judiciário sobre as Políticas Públicas sociais.

¹²⁰ AURÉLIO, Marco. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão RE nº 567985**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 de abril de 2013. DJe 194, Brasília, 3 out. 2013.

Essa atuação judicial, denominada de “ativismo judicial” por Luiz Roberto Barroso, associa-se a uma busca pela concretização dos valores e fins constitucionais, atuando no espaço dos outros Poderes.¹²¹

Essa atuação, porém, é positiva, pois constitui num atendimento às demandas sociais que não foram satisfeitas pelos poderes Executivo e Legislativo.

Há, no entanto, a face negativa, que segundo Luiz Roberto Barroso, acaba por explicitar as dificuldades do Poder Legislativo. Um exemplo do deslocamento do legislativo para o judiciário foram as audiências públicas sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias pelo STF, pois o debate público teve mais visibilidade do que o processo legislativo da elaboração da lei.¹²²

No que se refere às duas categorias, judicialização e ativismo, cabe esclarecer que são fenômenos distintos, pois a judicialização decorre do modelo de Constituição e do sistema de controle de constitucionalidade do Brasil, sendo que a judicialização decorre da vontade da Constituição e não do Judiciário.¹²³

Já o ativismo judicial decorre da postura proativa do operador do direito no sentido de realçar o alcance da norma, com o fim de moldar o poder legislativo quando ele apresenta-se inerte. Não obstante, não se pode esquecer do paradigma da legitimidade democrática, ausente no Poder Judiciário, da politização da justiça, e da incapacidade institucional do judiciário em relação a determinadas matérias.¹²⁴

O Judiciário é o guardião da Constituição e atua em nome dos direitos fundamentais e democráticos, mesmo nos casos de posições contramajoritárias,

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em 02.11.2014.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em 02.11.2014.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em 02.11.2014, p. 17.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em 02.11.2014, p. 17.

essas serão a favor da democracia, e deverá obedecer aos critérios de racionalidade, motivação, correção e justiça.¹²⁵

É possível concluir desse primeiro capítulo que o fenômeno da Judicialização decorre da evolução das concepções de Estado, dos antecedentes teóricos e filosóficos que proporcionaram a convergência de premissas jurídicas que revelaram a noção da força normativa da Constituição. É possível ainda afirmar que, sem os referidos antecedentes não seria possível hoje ao Poder Judiciário atuar da forma como atua. Percebe-se, portanto, que o fenômeno revela uma valorização do Poder Judiciário amparada na Constituição Federal pela sua força normativa.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em 02.11.2014, p. 17.

CAPÍTULO 2

2 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURIDADE SOCIAL

Tudo o que fora exposto no Capítulo 1 dá suporte fático e teórico à possibilidade de tratamento do tema “Judicialização das Políticas Públicas de Seguridade Social”.

A evolução das concepções de Estado que remete ao Estado Constitucional Moderno, as modificações e modulações teóricas e filosóficas que confluíram para a teoria da força normativa da Constituição tornaram possível o fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas de Seguridade Social.

2.1 CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Necessária a abordagem investigativa do contexto das Políticas Públicas uma vez que é uma das categorias mais importantes para o presente trabalho, pois consubstancia-se no objeto de incidência da atuação do Poder Judiciário, em especial nas Políticas Públicas de Seguridade Social.

Como área do conhecimento, as Políticas Públicas nasceram nos Estados Unidos, e sua análise era sobre o Estado e suas instituições. Já na Europa, a análise remonta ao papel do Estado e sua mais importante instituição, o governo.¹²⁶

Políticas Públicas é um tema complexo ao relacioná-lo com o direito, uma vez que não é originariamente jurídico, inclusive a análise central do tema com base

¹²⁶ SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45.

no ordenamento jurídico e na norma não é a mais adequada, devido à sua dinamicidade.¹²⁷

O pressuposto do estudo sobre o tema, é que nas democracias estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é possível de ser formulado cientificamente e analisado por pesquisadores independentes.¹²⁸

Um dos caminhos da disciplina como subárea da ciência política, segundo a linha norte-americana, foi o das Políticas Públicas como ramo da ciência política para entender o motivo das opções dos governos. Assim, o uso das Políticas Públicas como ferramenta de decisões é produto da Guerra Fria e da tecnocracia para enfrentar as suas consequências. O introdutor nos EUA foi Robert McNamara¹²⁹ que criou em 1948 a Rand Corporation, organização não governamental financiada com recursos públicos e precursora dos *think tanks*¹³⁰.

Celina Souza sobre o tema demonstra que:

A visão mais aceita do tema Políticas Públicas é a holística, sendo necessária uma perspectiva de que o todo é mais importante do que a soma das partes e que indivíduos, instituições, interações, ideologia e interesses, contam, mesmo que existam diferenças sobre a importância relativa destes fatores.¹³¹

É evidente que o Estado atual, gestor do dinheiro público, e prestador dos direitos sociais está alicerçado numa estrutura com algumas características liberais,

¹²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, jan./mar. 1997.

¹²⁸ SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45.

¹²⁹ SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45

¹³⁰ As *think tanks* são organizações ou instituições que atuam no campo dos grupos de interesse, produzindo e difundindo conhecimentos assuntos estratégicos, com vistas a influenciar transformações sociais, políticas, econômicas ou científicas, sobretudo em assuntos sobre os quais as pessoas comuns não encontram facilmente bases para analisar de forma objetiva. Hector Leis (30/07/2009). Instituto Millenium: O que significa um *think tank* no Brasil de hoje. Disponível em < http://pt.wikipedia.org/wiki/Instituto_Millenium > Acesso em 20/02/2014.

¹³¹ SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45

muitas vezes omissa quanto a real vontade da Constituição Federal no que se refere aos direitos sociais e a concretização das Políticas Públicas.

Segundo Giannini apud Bucci (1997) o Estado liberal foi estruturado para a limitação das garantias individuais em sentido omissivo e não no sentido construtivo (comissivo), e as repartições de poder foram concebidas em relação a autoridade do Estado e não em relação ao caráter prestacional e de gestão mais evidente hoje.¹³²

Tal concepção refere-se à evolução do Estado de Direito, que ao longo da história elevou a preocupação com os direitos fundamentais com o Estado Social.

Bucci esclarece que o fundamento mediato das Políticas Públicas é a própria existência dos direitos sociais que se concretizam pelas posições positivas do Estado, uma vez que são poderes impostos aos órgãos públicos.¹³³

Há intensa relação das Políticas Públicas com formação do Estado Democrático de Direito, o qual sob a égide da Constituição (constitucionalismo) elabora Políticas Públicas com consonância com o dever público de efetivação dos Direitos Fundamentais sociais.

Já o fundamento imediato seria a função de governar do Estado, ou seja, o poder coativo do Estado em busca da coesão social.¹³⁴

Partindo de uma breve retrospectiva histórica, somente na constituição de 1988 a Seguridade social, assim dizendo, a saúde, previdência social e assistência social tornaram-se os alicerces do Estado de Bem-Estar Social (art. 6º, 194, 195, 201, 202 da CF/1988), bem como foram formalizados com status constitucional os direitos sociais.

A Constituição de 1988 demonstra a intenção do poder constituinte originário de implantar o estado de Bem-Estar Social, como o Estado protetor e

¹³² GIANNINI, Massimo Severo, 1991 *apud* BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997.

¹³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, jan./mar. 1997, p. 90.

¹³⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, jan./mar. 1997, p. 90.

defensor da sociedade e da economia. Nesse contexto está o embrião das Políticas Públicas de Seguridade Social.

O termo é polissêmico, e devido à sua abrangência, tem características de interdisciplinaridade¹³⁵, pois exige a compressão de áreas alheias ao direito, como exemplo, a Ciência Política, Sociologia, Filosofia do Direito e Economia, além de outras.

Daí é possível compreender que existe uma intensa relação entre a política e o direito, pois a concretização do direito fundamental a Seguridade Social tem grande dependência da dinâmica das Políticas Públicas específicas para o fim de promoção da Seguridade Social (saúde, previdência social e assistência social).

Para compreender a influência das Políticas Públicas no direito é necessária uma abertura a interdisciplinaridade e assim compor um campo de estudo jurídico que relaciona as Políticas Públicas com o direito fundamental à Seguridade Social.¹³⁶

As Políticas Públicas são, no dizer de Grinover, “mecanismos de efetivação dos Direitos Fundamentais sociais.”¹³⁷

As atuações governamentais para a efetivação dos Direitos Fundamentais então devem ser sempre positivas, no sentido de promover esses direitos, sendo que inadmissível nesse contexto (Estado Democrático de Direito) a atuação negativa.

Nesse mesmo contexto, Bucci conceitua Políticas Públicas como “[...] a coordenação de meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais

¹³⁵ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 15.

¹³⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari, 2006 *apud* FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 16.

¹³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. In: CANELA JR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados [...]”.¹³⁸

A expressão Políticas Públicas comporta duas dimensões, sendo a primeira delas a concepção de política de Estado, relacionada com a estrutura do Estado, formas de organização e funcionamento, valores fundamentais positivados e diretrizes norteadoras da efetivação dos seus objetivos.¹³⁹

Já a segunda dimensão comporta as políticas mais concretas e específicas, definidas relacionadas com os meios utilizados num espaço de tempo definido.¹⁴⁰

Assim, é preciso compreender a dinâmica das Políticas Públicas e sua relação com os Direitos Fundamentais sociais em questão, pois essas políticas favorecem a sua viabilidade.

A expressão “Política Pública” seria então, mais especificamente, um conjunto de processos, sendo a definição da agenda governamental, a elaboração de alternativas, objeto de escolhas pelo poder público.¹⁴¹

Segundo Gisele Amaro França, os Direitos Fundamentais sociais se realizam por meio das Políticas Públicas, mas não são Políticas Públicas. Esses direitos reclamam programas e recursos públicos para sua efetivação, que são determinadas conforme as circunstâncias de escassez e alocados conforme a dinâmica política.¹⁴²

¹³⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, jan./mar. 1997, p. 91.

¹³⁹ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 17.

¹⁴⁰ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 17.

¹⁴¹ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 18.

¹⁴² FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade

Sobre os recursos para a efetivação das Políticas Públicas sociais não se pode esquecer-se das questões referentes aos recursos envolvidos.

A autora explica a existência da categoria dos direitos a prestações em sentido estrito, que seria um direito do indivíduo em face do Estado. Esses direitos dependem da suficiência dos recursos. É o caso do direito fundamental à Previdência Social.¹⁴³

Quando, porém, o direito fundamental à previdência social não pôde ser efetivado pelo órgão público estatal (Poder Executivo, ou Poder Legislativo), surge a necessidade da interferência jurisdicional para a constatação da possibilidade ou não da restrição imposta.

A corrente da restrição aos Direitos Fundamentais que mais se compatibiliza com o modelo de princípios e regras da Constituição Federal de 1988 conclui que as restrições não atingem o núcleo do direito fundamental. As restrições são admitidas se compatíveis com a Constituição.¹⁴⁴

Já Oswaldo Canela Jr. entende que a falta de recursos para o cumprimento das obrigações constitucionais pelo Estado abre caminho para duas soluções: “a) A aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização dos recursos existentes, no caso de concessão de tutelas de urgência; ou b) O ajuste orçamentário para o cumprimento da sentença transitada em julgado.”.¹⁴⁵

Nesse sentido, o Poder Judiciário interferirá no patrimônio Estatal atuando diretamente sobre o orçamento para a efetivação das Políticas Públicas, pois são

de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 31.

¹⁴³ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 33.

¹⁴⁴ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 34.

¹⁴⁵ CANELA JR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

direitos fundamentais, “mesmo em detrimento de uma pretensa estabilidade orçamentária do Estado.”¹⁴⁶

O orçamento e a teoria da reserva do possível são premissas incompatíveis com o dever Estatal de efetivação das Políticas Públicas. Sobre o tema Oswaldo Canela Jr., afirma:

Do ponto de vista do Estado Social, o orçamento não pode ser óbice à concessão dos direitos fundamentais sociais, mas seu instrumento de realização. A ausência de recursos não é indicativo de que o direito fundamental social não poderá ser concedido, mas fator que determinará a redistribuição dos recursos existentes e a promoção das decisões políticas que elegerão os financiadores deste gasto público. Verifica-se, pois, que a teoria da “reserva do possível” traz em si o espírito estritamente liberal, ou neoliberal, incompatível com a realidade da constituição brasileira, porquanto pretende uma inatingível estabilidade orçamentária, afastada dos postulados programáticos do Estado Social.¹⁴⁷

Estabelecidos os objetivos do Estado na Constituição (art. 3 da CF/1988), “não há como limitá-los sob o fundamento da precariedade financeira, uma vez que a sentença judicial efetivadora das Políticas Públicas integrará o orçamento, obrigando o Estado ao reajustamento das despesas a fim de efetivar os direitos fundamentais.”¹⁴⁸

Enfim, Bucci esclarece que as Políticas Públicas cuidam de coordenar as atuações do Poder Público, pois são arranjos complexos que a ciência do direito deve ser capaz de descrever de modo a integrar a perspectiva jurídica à atividade política e deve ser operacionalizada por critérios jurídicos.¹⁴⁹

¹⁴⁶ CANELA JR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104.

¹⁴⁷ CANELA JR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108.

¹⁴⁸ CANELA JR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 109.

¹⁴⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari, 2006 *apud* RESENDE, Fabricio Contato Lopes. **Papel do Poder Judiciário no Controle da Implementação de Políticas Públicas no Brasil**: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2010.

As Políticas Públicas de proteção social, inclusive as Previdenciárias, têm fulcro nos termos na Constituição Federal de 1988 e têm íntima ligação com a Seguridade Social¹⁵⁰ que é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade nas áreas de saúde¹⁵¹, previdência¹⁵² e assistência social¹⁵³, conforme previsto no Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, e é organizada num Sistema Nacional composto por conselhos setoriais representados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e a sociedade civil.

Elas são disciplinadas pela Lei do custeio nº 8.212/1991, e 8.213/1991, Lei de Benefícios.

As referidas Leis contêm a expressão “Plano¹⁵⁴”, Plano de Custeio, Plano de Benefícios, que evidenciam a concretização do planejamento das Políticas Públicas de Seguridade Social.

No entanto, as Políticas Públicas são Políticas de Estado e de Governo não integradas, não organizadas, conflitantes, incoerentes e não sistematizadas.¹⁵⁵

A autora ainda complementa:

¹⁵⁰ Art. 194 da CF/1988. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

¹⁵¹ Art. 196 da CF/1988. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

¹⁵² 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 [...].

¹⁵³ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

¹⁵⁴ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 68.

¹⁵⁵ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 84.

Muitas vezes há incompatibilidade entre a lei e o decreto; em outras, a incompatibilidade está entre o decreto e a Constituição; ou, ainda, entre a lei e a Constituição; entre a orientação interna administrativa e a lei; etc. São muitas as hipóteses e muitos os atos normativos, em alguns casos estão todos efetivamente contaminados, em outros não.¹⁵⁶

Essa “desordem” digamos assim, das Políticas Públicas Previdenciárias, considerando todo o aparato normativo que lhe dá sustentação, levam obrigatoriamente a necessidade do cotejo judicial.¹⁵⁷

Identifica-se aqui o fundamento fático para a Judicialização das Políticas Públicas de Seguridade Social, a desordem das Políticas Públicas dos direitos de Seguridade Social.

2.2 O RELATIVO CONSENSO SOBRE A SINDICABILIDADE DOS DIREITOS DE SEGURIDADE SOCIAL

Pelo que foi dito até agora, as Políticas Públicas reclamam a sua Judicialização, uma vez que do ponto de vista legislativo não apresentam uma sistematização e do ponto de vista do Poder Executivo, não são efetivamente postas em prática, dadas as restrições relacionadas aos recursos públicos.

Assim, surge a necessidade do cotejo judicial já mencionado anteriormente.

¹⁵⁶ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 84.

¹⁵⁷ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 84.

Partindo da premissa de que a ascensão institucional do Poder Judiciário que vem ocorrendo é resultado da recuperação das liberdades democráticas e das garantias da magistratura, juízes e tribunais. É possível afirmar a existência de um relativo consenso sobre a justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil.

Tal fato ocorre pelo abandono da função de mero departamento técnico especializado passando ao exercício de um papel político ocupando o mesmo espaço como Legislativo e o Executivo.¹⁵⁸

Esse contexto se dá devido à constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do judiciário, que é chamado de Judicialização de questões políticas e sociais.¹⁵⁹

Os órgãos jurisdicionais atuam juridicamente, no entanto é evidente a atuação política.

Decorrente deste fato, inúmeras são as críticas que envolvem essa atuação contundente do Poder Judiciário perante a concretização das Políticas Públicas sociais.

Dentre elas, é possível citar, a questão da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidade e limites. Outra questão é o exame da adequação e das ações administrativas e o suprimento de omissões.¹⁶⁰

Luis Roberto Barroso especifica duas correntes doutrinárias sobre a Judicialização, sendo que a primeira diz que a Constituição deve prevalecer sobre as leis, cabendo ao judiciário afirmar essa supremacia. A segunda trata da realidade complexa da interpretação jurídica que superou a compreensão formalística e mecanicista, elevando o papel do interprete na atribuição de sentido para a norma jurídica.¹⁶¹

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 383.

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 383.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 385.

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 386.

A Judicialização para Luiz Roberto Barros é:

Um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.¹⁶²

Sobre a Judicialização das Políticas Públicas Previdenciárias, a Constituição outorgou ao Poder Judiciário, pelo art. 5º, XXXV, o poder de resolver questões que envolvam lesão ou ameaça de lesão a direito. Pode agir inclusive sob a inércia dos demais poderes.¹⁶³

Existe uma interferência do Poder Judiciário nas fases de elaboração e implementação das Políticas Públicas, uma vez que participa do curso do processo legislativo de maneira informal e formalmente quando é provocado para decidir numa ação judicial.¹⁶⁴

O Brasil adotou expressamente o modelo de revisão judicial, pelo qual, detém a competência para, no caso concreto, verificar a violação ao direito. Essas atribuições constam expressamente na Constituição e têm por função resguardar os direitos fundamentais constantes na CF/1988.¹⁶⁵

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em 02.11.2014.

¹⁶³ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 1.

¹⁶⁴ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 73.

¹⁶⁵ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 77.

Os juízes devem preservar os direitos fundamentais e a manutenção da democracia respeitando as escolhas feitas pelos Poderes competentes não influenciado na fase de elaboração das Políticas Públicas.¹⁶⁶

Sobre os limites da Judicialização das Políticas Públicas, destaca-se que cabe ao Poder Judiciário uma tarefa retrospectiva, revisora, no sentido de maximizar a concretização dos direitos fundamentais.

Sobre os limites, Gisele Amaro França afirma que:

A atuação judicial é eminentemente retrospectiva, ao passo que a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo na formulação de Políticas Públicas é essencialmente prospectiva, na medida em que envolve um contingente definido de beneficiários, as verbas necessárias à consecução do programa, a participação de vários órgãos públicos envolvidos na realização da política, entre outros.¹⁶⁷

Nos tribunais brasileiros o tema da Judicialização é frequente, e demonstra um relativo consenso dessa judicialização no que se refere aos direitos de Seguridade Social.

Nesse sentido, o Tribunal Regional da 4ª Região, pronunciou-se para afirmar a inadequação da aplicação do art. 265 do CPC, sobre a suspensão do processo após o ingresso da ação:

Previdenciário. Justificação Administrativa. Judicialização do Conflito. Em tendo o autor optado pelo ingresso em juízo para discutir o direito ao benefício, indeferido na via administrativa, operou-se a Judicialização do conflito, que deve ser resolvido no âmbito judicial com a adequada produção de provas. A suspensão do feito para que o INSS promova

¹⁶⁶ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 78.

¹⁶⁷ FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014, p. 79.

Justificação Administrativa representa afronta aos princípios da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) e ao princípio da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF). (Agravo de Instrumento nº 0001320-19.2012.404.0000/PR, 5ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior. j. 15.05.2012, unânime, DE 24.05.2012).

Sobre a judicialização para a obtenção do auxílio-doença, verifica-se a intensa atividade judicial para a adequação do caso concreto aos requisitos legais cotejados com a intenção do acerto da relação jurídica de proteção social:

TRF4 - Previdenciário. Auxílio-Doença. Aposentadoria por Invalidez. Requisitos. Condição de Segurado. 1. Requisitos para concessão de benefício por invalidez: (a) qualidade de segurado do requerente; (b) cumprimento da carência de 12 contribuições mensais; (c) superveniência de moléstia incapacitante para o desenvolvimento de atividade laboral que garanta a subsistência, e (d) caráter permanente da incapacidade (para o caso da aposentadoria por invalidez) ou temporário (para o caso do auxílio-doença). 2. A análise da incapacidade do autor não fica afastada do presente julgamento porque, com o ajuizamento da ação, operou-se a judicialização da causa, impondo ao julgador o exame de todos os requisitos para concessão do benefício; e trata-se de questão controvertida pelo INSS em contestação. 3. Notas fiscais constituem início de prova material de que o autor exerce atividade rural no cultivo de fumo (e exerceu de outubro de 2006 a outubro de 2007) e se enquadra na condição de segurado especial, o que é corroborado pela prova testemunhal. 4. O fato de o autor ter um bar (por declaração própria) também não afasta a caracterização de segurado especial porque a Lei não exige que a atividade agropecuária seja a única fonte de renda, mas que seja a atividade de primordial e substancial importância para sobrevivência do indivíduo e porque não há qualquer informação sobre o estabelecimento (se realmente pertence ao autor, onde é situado, quais mercadorias são comercializadas, quem efetivamente trabalha no local, se auferir lucro e quanto) e ao julgador não cabe decidir com base em afirmação descontextualizada. 5. Tendo o laudo médico oficial concluído pela existência de incapacidade permanente que o impossibilita de exercer as atividades de agricultura, mas não pode ser estendida a toda e qualquer atividade (razão por que o autor não tem direito à aposentadoria por invalidez); e considerando que o autor já trabalhou em empresas do meio urbano (o que evidencia possibilidade de readaptação até que se comprove o contrário), o autor faz jus ao benefício de auxílio-doença por tempo indeterminado a contar da data do indeferimento administrativo. 6. Correção monetária e juros de mora fixados nos termos dos precedentes da 3ª Seção desta Corte. 7. Invertida a sucumbência, deve o INSS arcar

com os ônus. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas (Súmula 76 desta Corte). Isenção do pagamento de custas processuais na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul (art. 11 da Lei nº 8.121/85, com a redação dada pela Lei nº 13.471/2010). 8. Antecipação dos efeitos da tutela deferida para determinar ao INSS que conceda ao segurado o auxílio-doença, no prazo de 45 dias, a contar da intimação do INSS, sob pena de multa diária de R\$ 50,00 (cinquenta reais). (Apelação Cível nº 0011130-62.2010.404.9999/RS, 5ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior. j. 08.05.2012, unânime, DE 17.05.2012).

A Suprema Corte brasileira também já se pronunciou pela necessidade da Judicialização no caso de omissão legislativa.

STF – Embargos de declaração no agravo regimental no mandado de injunção. Aposentadoria especial do servidor público. Art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal. Aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/1991. Omissão. Preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e de ausência de interesse de agir. Alegação de ausência de óbice concreto ao exercício da aposentadoria especial. Embargos rejeitados. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Vedação prevista no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.717/1998, na redação dada pela MP nº 2.187-13/2001. Embargos acolhidos, em parte, para sanar a omissão e afastar a preliminar. Precedentes. I - Uma vez que ainda não existe lei regulamentadora do direito à aposentadoria especial em razão de atividade exercida exclusivamente sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física, prevista no § 4º do art. 40 da Constituição Federal, afigura-se adequada a utilização do mandado de injunção, pois não há, à falta de previsão legal, direito líquido e certo amparável por meio do mandado de segurança. II - A vedação prevista no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.717/1998, na redação dada pela MP 2.187-13/2001, "não impede, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que a lacuna legislativa que obsta o pleno exercício de direito constitucionalmente assegurado seja suprida judicialmente" (MI 1.169-AgR/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia). III - Embargos de declaração acolhidos, em parte, a fim de sanar a omissão em relação a uma das preliminares suscitadas, que fica definitivamente afastada. (Emb. Decl. no Ag. Reg. no Mandado de Injunção nº 4.503/DF, Tribunal Pleno do STF, Rel. Ricardo Lewandowski. j. 01.08.2014, unânime, DJe 19.08.2014).

Na jurisprudência seguinte, verifica-se a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido estabelecer parâmetros para a interpretação judicial dos institutos jusprevidenciários, no sentido de uma orientação protecionista, consubstanciando os Princípios da Proteção e do Acertamento da Relação Jurídica Previdenciária que se dá mediante a judicialização:

Direito previdenciário. Interpretação finalística de seus institutos. Primazia da situação fática sobre as proposições jurídicas. Regras e princípios do sistema juspositivo. Proteção da pessoa dependente, hipossuficiente ou acometida de moléstia incurável e incapacitante. Voto vista pelo provimento do agravo em recurso especial para conhecimento e provimento do recurso especial. 1. A interpretação e a aplicação judicial dos institutos jusprevidenciários devem prestigiar a sua função substitutiva e protecionista das pessoas dependentes, por motivo de idade, saúde, parentesco ou condição **social**; as situações de dependência econômica não se definem apenas por determinações legais, por serem de natureza essencialmente factual. 2. Ainda que a pessoa dependente possua genitores vivos e válidos, isto não impede que, em determinada situação concreta, a dependência se estabeleça em relação a outro parente que efetivamente tenha assumido o papel de mantenedor, qual ocorre neste caso. 3. Nesta hipótese, restou evidenciada a coabitação do recorrente com o seu avô, sendo este responsável pelo sustento daquele, conforme reconheceu o Tribunal ad quo; voto vista pelo provimento do Agravo em Recurso Especial para conhecimento e provimento do Recurso Especial. (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 520.808/RJ (2014/0120600-7), 1ª Turma do STJ, Rel. Sérgio Kukina. j. 12.08.2014, maioria, DJe 29.09.2014).

Na Judicialização do caso da concessão judicial do benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição de 1988, que no voto, o Ministro Gilmar Mendes afirma que esta é:

(...) Uma difícil questão constitucional, que vem sendo resolvida pela atuação corajosa da magistratura de primeira instância, na tentativa de remediar um gravíssimo problema social que se notabiliza como uma soma de injustiças, decorrente de uma desencontrada relação entre a letra objetiva da lei e a vontade da Constituição.

O exame dos diversos casos revela um comportamento judicial peculiar, porém muito comum. A análise histórica dos modos de raciocínio judiciário demonstra que os juízes, quando se deparam com uma situação de

incompatibilidade entre o que prescreve a lei e o que se lhes apresenta como a solução mais justa para o caso, não tergiversam na procura das melhores técnicas hermenêuticas para reconstruir os sentidos possíveis do texto legal e viabilizar a adoção da justa solução.

Não há como exigir uma conduta diversa do poder judiciário, porquanto, conforme o voto do Ministro Celso de Melo, na ADPF 45, é reconhecida a necessidade do atendimento do mínimo existencial, cabendo inclusive, ao judiciário agir para sua consolidação.

Ressalta-se que o agir do poder judiciário, não quer dizer um agir irresponsável, pois deve-se levar em conta os recursos, nas palavras do Relator da ADPF 45:

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.¹⁶⁸

Concernente à defesa da atuação jurisdicional na efetivação das Políticas Públicas Sociais, a constituição e o constitucionalismo são o verdadeiro alicerce teórico para a sua judicialização:

¹⁶⁸ ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial "Reserva do Possível" (Transcrições), Ministro Celso de Melo, Relator, decisão publicada no DJU de 4 de maio de 2004.

Uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos Direitos Fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo.¹⁶⁹

A judicialização das concessões de benefícios previdenciários envolve comandos constitucionais como normas jurídicas, e, nas palavras de Bonavides, deve-se “dessacralizar” a lei, tendo a Constituição como diretora de todo ordenamento jurídico.¹⁷⁰

Nesse contexto, segundo Zagrebelsky, a jurisdição constitucional tem o papel de moderadora dos conflitos sociais.¹⁷¹

Grande exemplo da necessidade da interferência do Poder Judiciário nas Políticas Públicas Sociais é o caso do RE 567985/MT quando o Ministro Marco Aurélio pronunciou a necessidade da interpretação da lei, pois a aplicação simples dela levaria a inconstitucionalidade. O caso do critério de ¼ do salário mínimo como parâmetro objetivo para o requisito da miserabilidade como pressuposto do direito ao benefício assistencial:

Em síntese, consigno que, sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, §3º da Lei nº 8.742/93. Ante

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **O Constitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmiento-o-eoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

¹⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, 2004, p. 43. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

¹⁷¹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, 2004, p. 43. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei na situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados. Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevaletentes os ditames constitucionais.

Podemos dizer aqui que deve haver uma vinculação das decisões judiciais aos fundamentos Constitucionais do Estado Democrático de Direito, pois decisões contrárias estariam inconstitucionais, desrespeitando de modo amplo inclusive as Políticas Públicas.

Na expressão da decisão citada acima: “[...] a aplicação da lei na situação concreta conduz a inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade”, podemos aqui verificar de forma cabal que a aplicação da letra da lei, mesmo que formalmente constitucional, levam a cabo efeitos contrários as Políticas Pública de Previdência Social.

É extremamente descabido afirmar que o Juiz seja mera “boca da lei”, pois a norma escrita necessita de interpretação e ajustes a casos distintos.¹⁷²

Sobre a interpretação da Lei, Lenio Streck afirma que é necessário ter muito cuidado com o manejo da teoria do Direito e da hermenêutica jurídica, uma vez que nem tudo que é lei é direito¹⁷³:

Portanto, deve haver um cuidado com o manejo da teoria do direito e da hermenêutica jurídica. ...é de se pensar em que momento o direito legislado deve ser obedecido e quais as razões pelas quais fica tão fácil afastar até mesmo – quando interessa – a assim denominada “literalidade da lei”, mormente quando isso é feito com base em métodos de interpretação elaborados por Savigny (no caso em tela, foi o método sistemático) ainda no século XIX e para o direito privado. Por exemplo, o

¹⁷² CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002. p. 120.

¹⁷³ STRECK, Luiz Lenio. **Aplicar a Letra da Lei é uma Atitude Positivista?** Disponível em: <www.univali.br/periodicos> Acesso em: 1º fev. 2014.

mesmo STJ, para afastar a tese da possibilidade da pena aquém do mínimo, utiliza-se da literalidade do Código Penal...! Indago: Juristas críticos (pós-positivistas?) seriam (são?) aqueles que “buscam valores” que estariam “debaixo” da “letra da lei” (sendo, assim, pós-exegéticos) ou aqueles que, baseados na Constituição, lançam mão de “literalidade da lei” para preservar direitos fundamentais? A propósito: seria uma atitude “crítica” a manutenção de alguém preso (denegando-se, assim, a ordem de *habeas corpus*) com “fundamento” no princípio (sic) da confiança do juiz da causa, ignorando os requisitos da prisão preventiva previstas na “literalidade” do art. 312 do CPP? Como se viu, é necessário compreender os limites e os compromissos hermenêuticos que exsurtem do paradigma do Estado Democrático de Direito. O positivismo é bem mais complexo do que a antiga discussão “lei versus direito” [...] Ou seja, nem tudo que parece, é [...]

Pela análise das Políticas Públicas de Seguridade Social, as quais não são integradas no ordenamento jurídico brasileiro, verificou-se que a sua Judicialização é necessária para a realização do acertamento da relação jurídica de proteção social existente entre os segurados e o órgão gestor dos recursos de Seguridade Social.

Identifica-se a existência de jurisprudências dos tribunais brasileiros que buscam diariamente o acertamento da relação jurídica, avançando para além da mera aplicação da lei e da revisão dos atos da administração pública previdenciária.

Tal fato revela-se positivo para o sistema judiciário brasileiro, para os cidadãos que buscam o bem da vida necessário para a sua manutenção e sobrevivência, e para a sociedade como um todo e para a consolidação do Estado Constitucional Moderno.

CAPÍTULO 3

3 PROPOSTA DOGMÁTICA E CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DE UMA PROCESSUALIDADE DA SEGURIDADE SOCIAL

3.1 O CONTEXTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA

Pela investigação realizada nos capítulos anteriores verifica-se a possibilidade de uma proposta dogmática de uma processualidade dos direitos de Seguridade Social.

Importante destacar a superação de alguns obstáculos que trouxeram a lume essa ideia:

- a) A evolução do Estado na concepção do Estado de Bem-Estar Social que evidencia um Estado preocupado com questões sociais;
- b) O reconhecimento da força normativa da Constituição com a possibilidade de reclamação direta dos direitos fundamentais nela previstos;
- c) A existência de Políticas Públicas de Seguridade Social;
- d) O consenso sobre justiciabilidade dos direitos de Seguridade Social;

Vencido o obstáculo da possibilidade da reclamação em juízo dos direitos de Seguridade Social, pela eficácia normativa da Constituição, surge a necessidade de que a tutela jurisdicional dos direitos sociais, em especial dos direitos de Seguridade Social, seja adequada.

Esta tutela adequada só será possível se o Poder Judiciário dispor de um meio adequado para alcançar o fim almejado. Seria esta a proposta de uma dogmática para uma processualidade dos direitos de Seguridade Social.

A proposta, em termos acadêmicos, é relativamente recente. A identificação de um direito processual previdenciário já fora descrita por José Antonio Savaris no Livro, *Direito Processual Previdenciário*, em 2008, no qual ele propõe a pretensão de sua especialização ensejando a “realização do ideal constitucional de um processo justo”.¹⁷⁴

A justificativa, segundo o Autor está na singularidade da lide previdenciária, entendendo também as lides dos direitos de Assistência Social e Saúde, pois ela tem características que justifica a condução do processo por outros critérios não aplicáveis ao processo civil comum.¹⁷⁵

Se o processo judicial dos direitos de Seguridade Social for conduzido pelas regras do processo civil comum na sua estrita legalidade, o resultado será carente de justiça, pois “as regras do processo civil comum oferecem respostas insuficientes ou inadequadas para alguns problemas tipicamente previdenciários.”¹⁷⁶

Cabe compartilhar ainda a observação do referido autor de que o objetivo é reafirmar a necessidade de uma nova ótica sobre a problemática do processo civil comum como condutor de uma lide em que se discutem direitos fundamentais relacionados com a subsistência e a dignidade da pessoa humana previstos na Constituição. Analisa-se a perspectiva do direito processual referido pelo direito material.¹⁷⁷

¹⁷⁴ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 52.

¹⁷⁵ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 52.

¹⁷⁶ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 52.

¹⁷⁷ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 54.

Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz, sobre a relação da constituição com o direito processual civil, afirmam que a Constituição Federal já foi recepcionada pela academia do processo civil, o que demonstra uma relativa aceitação da sua força normativa perante dos direitos processuais:

Somente com a doutrina constitucional pós 1988 e com a receptividade do Poder judiciário aos anseios constitucionais é que se pode observar uma mudança de paradigma. Na seara processual, a partir de valiosos estudos desenvolvidos por autores, tais como José Carlos Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a Constituição passa a ser levada a sério e recepcionada dentro da academia do processo civil.¹⁷⁸

A dogmática pretendida relaciona-se com o Direito Fundamental à tutela adequada apta a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero destacam que a Constituição de 1988 admite a existência desse direito, o qual está previsto no art. 5º, XXXV. Esse direito é exercido por meio a ação, que ocorre mediante o processo justo.¹⁷⁹

São três perspectivas pelas quais deve ser analisada a questão da tutela adequada: a do acesso à justiça; da adequação e da efetividade.

No que se refere ao acesso à justiça, Marinoni e Mitidiero afirmam que está relacionado à amplitude da prestação da tutela e ao custo financeiro do processo. Referem à amplitude porque abarca a defesa dos direitos individuais, coletivos e a sindicabilidade dos atos da Administração Pública. Inclusive as questões políticas podem ser objeto do controle judicial.¹⁸⁰

¹⁷⁸ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel, *apud* TORRES, Artur Luis Pereira. **Constituição, Processo e Contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro**. Revista Eletrônica, ISSN 2236-8981, Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/48-v-1-n2-agosto-de-2011>>. Acesso em: 19 out. 2014.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 717.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 717.

A Constituição Federal veda a interdição da apreciação do Poder Judiciário, e inclusive autoriza a instituição da arbitragem na solução dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. É a declaração da constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996 pelo STF.¹⁸¹

No que se refere a questão temporal do acesso à justiça, significa que não há necessidade de esgotamento da instância administrativa, podendo o jurisdicionado propor a ação de forma imediata ao indeferimento. Já, em relação ao custo financeiro, o Estado presta a assistência judiciária gratuita pelo benefício da gratuidade judiciária (art. 5º, LXXIV, da CF/1988) e pela Lei 1.060/1950).

No aspecto da adequação, o processo tem que ser capaz de promover a realização do direito material, o meio deve ser idôneo à consecução do fim. Deve-se primar por um processo dotado de técnicas aderentes ao direito material envolvido.¹⁸²

Marinoni e Mitidiero citam como exemplo que “o Estado não pode proibir a prestação de tutela antecipatória indiscriminadamente”¹⁸³, mesmo havendo restrições na legislação infraconstitucional. É que o objetivo do art. 5º, XXXV, é que o direito de ação dever ter técnicas adequadas e propiciar a tutela inibitória.¹⁸⁴

A Constituição trouxe exigências mínimas às quais devem subordinar-se os ordenamentos processuais infraconstitucionais e isso se deve ao fato de que as normas de direito processual elaboradas antes da promulgação da constituição devam conter seus preceitos e as normas elaboradas depois devam adequar-se aos parâmetros atuais.¹⁸⁵

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 717.

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 717.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 719.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 719.

¹⁸⁵ TORRES, Artur Luis Pereira. Constituição, Processo e Contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro. **Revista Eletrônica**, ISSN 2236-8981, Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/48-v-1-n2-agosto-de-2011>>. Acesso em: 19 out. 2014.

A proposta de uma dogmática processual dos direitos de Seguridade Social, nesse sentido, reclama a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais sociais.

Isso revela que as normas de direito processual civil não oferecem respostas suficientes ou adequadas para determinados problemas envolvendo direitos de Seguridade Social, incluindo aqui os da Assistência Social, da Saúde e os Previdenciários, pois não levam em conta a especificidade da lide, dos sujeitos e as exigências do direito material social, direito fundamental.¹⁸⁶

A concretização dos direitos fundamentais de Seguridade Social aponta para uma tutela jurisdicional adequada e efetiva para a concretização das Políticas Públicas.

O direito fundamental à tutela adequada e efetiva aplicável às lides em que se discutem direitos da Seguridade Social exige uma aderência ao direito material, ou seja, está ligado ao plano de eficácia da pretensão perseguida.¹⁸⁷

A realidade jurídico-processual está relacionada com a sistemática dos direitos de Seguridade Social, em especial do direito previdenciário, dos direitos materiais, uma vez que, para sua efetivação, o processo deve ser interpretado tendo em vista o direito material e a sistemática na qual está inserido.

Segundo Ricardo de Castro Nascimento, sobre a sistemática da Seguridade Social:

A Constituição Federal de 1988 deu, pela primeira vez, tratamento sistematizado à previdência social em nível constitucional, agora inserida em um sistema maior de Seguridade Social juntamente com a saúde e assistência social. A nova Constituição deu o tratamento mais minudente

¹⁸⁶ TORRES, Artur Luis Pereira. Constituição, Processo e Contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro. **Revista Eletrônica**, ISSN 2236-8981, Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/48-v-1-n2-agosto-de-2011>>. Acesso em: 19 out. 2014.

¹⁸⁷ MITIDIERO, Daniel, 2008, *apud* TORRES, Artur Luis Pereira. **Constituição, Processo e Contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro**. Revista Eletrônica, ISSN 2236-8981, Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/48-v-1-n2-agosto-de-2011>>. Acesso em: 19 out. 2014.

e exaustivo ao tema, tendo disciplinado questões tradicionalmente delegadas à legislação ordinária.¹⁸⁸

A sistemática do Direito Processual Previdenciário envolve a ideologia da constitucional de um direito fundamental ao Processo Justo.

Pilar da sistemática processual previdenciária, a constitucionalização e internacionalização dos Direitos Fundamentais que se desenvolveram nos tribunais supranacionais de Direitos Humanos explicitaram o conteúdo da Tutela Jurisdicional efetiva como direito fundamental e estabeleceram as garantias fundamentais do processo decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁹

No direito estrangeiro, o ideário de Processo Justo foi adotado nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição Americana e na Convenção Europeia de Direitos Humanos no art. 111 da Constituição italiana.¹⁹⁰

Na Constituição brasileira esse ideário do Processo Justo está encartado no art. 5º LIV da CF/1988.

O eminente autor Humberto Theodoro Júnior, sobre o Processo Justo afirma que:

Uma assimilação da ideia de devido processo legal à de Processo Justo é feita modernamente. A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material. Entrevê-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal.¹⁹¹

¹⁸⁸ NASCIMENTO, Ricardo de Castro. Breve histórico da Previdência Social. **Revista de Direito Social**, n. 28, out./dez. 2007, p. 44.

¹⁸⁹ GRECO, Leonardo, 2007 *apud* GRECO, **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Campos, 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

¹⁹⁰ *Idem*.

¹⁹¹ THEODORO JR., Humberto. O Processo Justo e Contraditório Dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais**, Hermenêutica e Teoria do Direito. São Paulo. 2010.

Nessa linha, o notável autor José Antonio Savaris, sobre o reconhecimento de uma normatividade específica para o direito processual previdenciário afirma que:

O que se pretende com o reconhecimento de uma normatividade específica para o direito processual previdenciário é a realização pratico-jurisprudencial do ideal constitucional de um Processo Justo, isto é, um processo orientado por uma atuação jurisdicional que leve em conta as particularidades da lide que se apresenta à solução judicial.¹⁹²

Só há efetivação das Políticas Públicas que foram judicializadas, se o interprete do Direito que regula a matéria refletir exatamente o conteúdo programático constitucional. No que se refere à solução da lide, ajustar as normas do processo civil clássico à natureza da lide previdenciária.

Por fim, Daniel Mitidiero, sobre o Processo Justo prescreve a fórmula mínima do Processo Justo:

A fórmula mínima do Processo Justo está em estruturar-se o formalismo processual de modo a nele terem lugar os Direitos Fundamentais à Tutela Jurisdicional Adequada e efetiva (art. 5, inciso XXXV, CRFB), ao juiz natural (art. 5, incisos XXXVII e LIII, CRFB), à representação técnica (art. 133, CRFB), à paridade de armas (art. 5, inciso I, CRFB), ao contraditório (art. 5, inciso LV, CRFB), à ampla defesa (art. 5, inciso LV, CRFB), à prova (art. 5, inciso LVI, *a contrário sensu*, CRFB), à publicidade (art. 5, inciso LX, e 93, inciso IX, CRFB), à motivação da sentença (art. 93, inciso IX, CRFB), à assistência jurídica integral (art. 5, inciso LXXIV, e 134, CRFB) e à duração razoável do processo (art. 5, inciso LXXVIII, CRFB). Fora daí, fere-se nosso perfil constitucional de processo.¹⁹³

¹⁹² SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 49.

¹⁹³ MITIDIERO, Daniel, 2008, *apud* TORRES, Artur Luis Pereira. **Constituição, Processo e Contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro**. Revista Eletrônica, ISSN 2236-8981, Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/48-v-1-n2-agosto-de-2011>>. Acesso em: 19 out. 2014.

No contexto dos princípios fundamentais do processo, a Constituição Federal detém neles a real possibilidade da concretização do Processo Justo, o qual deve ser o norte do processo judicial das lides de Seguridade Social.

3.1.1 A Irradiação do Sobreprincípio do Devido Processo Legal

O termo “processo justo”, é irradiação do devido processo legal previsto na Constituição no art. 5º LIV. Esse dispositivo Constitucional instituiu o direito fundamental ao processo justo.¹⁹⁴

De inspiração norte-americana, está previsto na V e XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos e nas mais importantes Constituições ocidentais, também presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e em outros importantes documentos, represente importante avanço em matéria processual. O direito ao processo justo, é “modelo mínimo” da atuação processual estatal para a tomada de decisões justas.¹⁹⁵

Embora a Constituição apresente o termo “devido processo legal”, as críticas que se apresentam remontam ao contexto do Estado de Direito, Estado Legal, eivado do arbítrio estatal. Atualmente tem-se no Estado Constitucional, Estado de

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 703.

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 703.

Direito, deve-se entender pela tutela efetiva dos direitos pela organização de um processo justo.¹⁹⁶

A inafastabilidade do controle jurisdicional é pilar do processo legal (art. 5º, LIV, da CF), e o entendimento sobre o processo legal já não comporta uma visão formalística, mas sim axiológica, com vistas ao processo justo.¹⁹⁷

A aplicação estrita do processo legal, porém, será insuficiente para a garantia do processo justo e a tutela adequada, uma vez que, “deverá existir técnicas aderentes à situação levada a juízo.”.¹⁹⁸

As situações específicas de cada processo reclamam a superação da estrita legalidade e a imparcialidade indiferente do intérprete e aplicador da norma processual, buscando o processo legal substancial (*substantive due process*).

A tutela jurisdicional adequada, porém, vai além da mera formalidade. Está relacionada com os Direitos Fundamentais de natureza processual, os quais interagem entre si para a realização do processo justo (devido processo legal).

Nesse sentido, Marinoni e Mitidiero:

O direito ao processo justo é um modelo mínimo de conformação do processo. Com rastro fundo na história e desconhecendo cada vez mais fronteiras, o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo em expansão (tem o condão de conformar a atuação do legislador infraconstitucional), variável (pode assumir formas diversas, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e perfectibilizável (passível de aperfeiçoamento pelo legislador infraconstitucional).¹⁹⁹

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 704.

¹⁹⁷ SOARES, JR., Jair, 2014, *apud* SAVARIS, José Antonio (org.). **Juizados Especiais Federais: contributos para uma releitura**. 2 v. Itajaí: Univali, 2014a, 183 p.

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 718.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 705.

3.1.2. A Exigência de Normas Processuais Aderentes ao Bem da Vida e que Assegurem a Efetividade do Direito Material

Sobre a aderência das normas processuais ao direito material, Kazuo Watanabe explica que essa ideia causa significativa preocupação entre os processualistas contemporâneos.

Os processualistas contemporâneos buscam um instrumentalismo mais efetivo do processo, que proporcione um olhar sócio-jurídico.²⁰⁰

Sem a negação das conquistas da ciência processual, busca-se uma visão mais crítica da utilidade do processo, visando a que o processo tenha uma aderência à realidade sócio-jurídica para a efetivação dos direitos, o que representa a contraposição do instrumentalismo substancial para com o formal.²⁰¹

São duas as perspectivas que buscam o perfeito acoplamento do direito processual ao direito material.

Uma delas é a de direito material, que segundo Kazuo Watanabe:

Os processualistas dessa tendência procuram desenvolver o estudo do direito subjetivo, da pretensão de direito material e da ação de direito material, conduzindo à conclusão de que, no plano processual, a cada ação de direito material, corresponde, de ordinário, “ação” de direito processual e uma pretensão processual.²⁰²

Outra perspectiva, a de direito processual, é que “procuram os processualistas dessa tendência – aprofundar os estudos dos vários institutos e

²⁰⁰ KAZUO, Watanabe. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 22.

²⁰¹ KAZUO, Watanabe. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 22.

²⁰² KAZUO, Watanabe. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 24.

técnicas processuais e por esse método de pensamento buscar a melhor tutela dos direitos por meio do processo”.²⁰³

Sobre as duas perspectivas, finaliza Watanabe, que o objetivo comum é a tutela efetiva de todos os direitos. Ainda demonstra que sob a influência dessas ponderações o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), teve no art. 83 a asserção de que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”.²⁰⁴

Nesse sentido é que para a efetividade dos direitos de Seguridade Social, pela sua natureza e pelas especificidades das partes, exige-se a aderência das normas processuais aos bens da vida fundamentais, como a Saúde, Assistência Social e a Previdência Social.

3.1.3 O Poder-Dever do Juiz de Flexibilizar os Institutos Processuais para Assegurar a Efetividade da Jurisdição

Decorrente do contexto do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e pela busca pelo devido processo legal, aqui entendido como o processo justo, é possível dizer que o Juiz tem o dever de flexibilizar as normas processuais para que a jurisdição seja de fato efetivada.

A possibilidade da flexibilização implica muitas vezes em deixar de aplicar a legalidade estrita no caso concreto, sempre objetivando a efetividade da tutela jurisdicional aderente ao direito material e a efetivação dos preceitos constitucionais.

Nesse sentido o art. 1.109 do CPC explicitamente indica a possibilidade de o Juiz não aplicar a legalidade estrita, “Art. 1.109 - O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade

²⁰³ KAZUO, Watanabe. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 26.

²⁰⁴ KAZUO, Watanabe. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 28.

estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.”.

A intensificação da atuação do Juiz justificando o poder-dever de flexibilizar as normas processuais, decorre da necessidade de realização do processo justo e da busca pela efetividade da tutela jurisdicional.

A intensificação da participação do Estado na sociedade pela democracia social elevou a atuação do juiz no processo para não mais apenas cumprir as “regras do jogo”, pois deve zelar por um processo justo que permita: a) Verificar adequadamente os fatos primando pelo processo justo com a participação das partes para proporcionar o contraditório real; b) A justa aplicabilidade das normas de direito material; c) A efetividade da tutela dos direitos.²⁰⁵

É que um processo democrático exige a postura ativa do magistrado, sendo que a produção das provas não é mais monopólio das partes, cabendo ao juiz lembrar a parte sobre o ônus da prova, determinar provas *ex officio* para o fim de elucidar os fatos. Tal postura evita a sobreposição da melhor capacidade econômica e da maior destreza de um dos litigantes.²⁰⁶

A atividade do juiz é legitimada pela participação das partes de modo igualitário inclusive no caso de falhas participativas de uma das partes. Não há violação do contraditório pela participação do Juiz, pelo contrário, esse é fortalecido pela postura proativa.²⁰⁷

O legislador impossibilitado de prever todas as necessidades do direito material passou a “[...] editar normas abertas, voltadas a permitir a concretização das técnicas processuais adequada no caso concreto”²⁰⁸, o pode se chamar de flexibilização do processo.

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. 2. tir. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 414.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. 2. tir. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 415.

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. 2. tir. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 416.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. 2. tir. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 427.

Essas normas abertas permitem ao Juiz o poder de converter a tutela específica na tutela processual mais adequada ao caso concreto. Um exemplo é a norma do art. 273 do CPC que prevê a antecipação da tutela quando houver “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, “abuso do direito de defesa” ou o “manifesto propósito protelatório do réu”, que são conceitos dependentes do caso concreto.²⁰⁹

Nesse sentido resta justificada a possibilidade de flexibilização das normas processuais pelo Juiz, pois a ideia de um procedimento ao caso concreto refere ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e é fundamento da legitimidade do exercício da própria jurisdição.²¹⁰

Nesse sentido completa Marinoni:

É um equívoco supor que o procedimento, para legitimar a jurisdição, deve se desenvolver de forma mecânica, obedecendo rigorosamente às linhas traçadas pelo legislador, sem dar à parte e ao juiz qualquer poder de adequação. Há casos em que o legislador é expressamente obrigado a deferir à parte e ao juiz o poder de concretizar o procedimento adequado, já que isso é imprescindível à tutela do direito material no caso concreto.²¹¹

O juiz tem a obrigação de entender as normas processuais com base no direito fundamental à tutela jurisdicional, considerar o direito substancial e encontrar a técnica idônea à proteção do direito material.²¹²

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. 2. tir. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 427.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. 2. tir. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 429.

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. 2. tir. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 429.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. 2. tir. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

3.2 A PROPOSTA DE RELATIVA AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO

Embora o título do presente item se refira especificamente ao Processo Previdenciário, importa salientar que as considerações expostas até agora podem ser consideradas em relação ao processo judicial em que se discutem os direitos de Seguridade Social, tanto os da Saúde, quanto os da Assistência Social e da Previdência Social.

Sobre a proposta de relativa autonomia do Direito Processual Previdenciário em relação ao Processo Civil clássico, José Antonio Savaris refere que tal ideologia decorre da “eficácia normativa vinculante do direito fundamental ao processo justo e de outro lado da singularidade das ações em que o direito material que se busca satisfazer corresponde a uma prestação previdenciária.”²¹³ Enfatiza-se o binômio “Processo Justo e singularidade da lide previdenciária”.

Segundo Savaris o que se busca com o reconhecimento de uma normatividade é a realização prático-jurisprudencial do ideal de um processo justo para o Processo Previdenciário.²¹⁴

Uma vez inexistente a disciplina específica para o processo previdenciário, cabe ao Poder Judiciário, conforme já evidenciado anteriormente, pela força vinculante do direito fundamental ao processo justo e do devido processo legal, o poder-dever de flexibilizar as normas processuais clássicas nas lides previdenciárias.²¹⁵

Savaris descreve algumas particularidades da lide previdenciária, o que denomina “*Elementos Caracterizadores do Processo Previdenciário*”.²¹⁶

²¹³ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 49.

²¹⁴ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 49.

²¹⁵ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 49.

²¹⁶ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 50.

Um desses elementos é o bem da vida, o qual também é presente em qualquer outro tipo de lide, no entanto, o bem da vida relacionado com o direito da Seguridade Social é um bem alimentar que tem relevância social fundamental.²¹⁷

Segundo Savaris este bem jurídico é indispensável à manutenção da vida de quem lhe busca judicialmente.²¹⁸ Pode se ainda afirmar que o referido bem da vida (alimento), é indispensável à viabilidade da vida humana, pois se à segurada gestante lhe é sonegado o direito ao salário maternidade, a vida humana do nascituro não será viável.

Ainda sobre o bem da vida, este é basilar, pois alude as necessidades mais primárias do ser humano, as quais são buscadas em juízo para se evitar a morte, mas também para se manter uma vida digna.

A preocupação com o mínimo existencial e dignidade da pessoa humana tem repercussões mundiais e são tratadas em diversos documentos importantes como os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a Declaração universal dos Direitos dos homens (1948).

Sobre o contexto histórico dessa proteção social Savaris ensina que em 1992 o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que foi adotado pela ONU em 1966, que no art. 9º é reconhecido o direito à previdência social e ao seguro social.²¹⁹

O citado Autor ainda frisa a característica da fundamentalidade do direito à Seguridade Social, ou seja, esse direito está expresso na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental no art. 6º e respaldado por um sistema calcado no princípio da dignidade da pessoa humana. Esse aspecto da fundamentalidade

²¹⁷ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 50.

²¹⁸ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 50.

²¹⁹ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 51.

abarca uma perspectiva jurídica institucional e não apenas relacionada com os direitos individuais do cidadão.²²⁰

Para especializar ainda mais a ideologia de uma dogmática específica para a lide previdenciária, importa destacar que particularmente o bem alimentar protegido se apresenta “geralmente constituindo uma relação jurídica de trato sucessivo, ele é presumivelmente imprescindível para a subsistência digna do indivíduo. Destina-se à preservação da vida de um modo digno, sem destituições indevidas ou privações persistentes.”.²²¹

Ainda outro elemento caracterizador do processo previdenciário refere-se aos sujeitos do processo.

Algumas características do polo ativo da demanda que discute a concessão de um benefício previdenciário podem ser citadas, por exemplo: a presunção da hipossuficiência econômica e informacional; uma suposta contingência ameaçadora da preservação da vida digna. Já no polo passivo é o ente público gestor dos recursos previdenciários.²²²

Ainda dentro da proposta de uma dogmática de um Processo Previdenciário convém primeiro confirmar a existência de comandos jurídicos, segundo, para a verificação de sua compatibilidade com o direito fundamental ao Processo Justo, premissa do processo previdenciário.

Na Constituição Federal existem algumas normas processuais previdenciárias, das quais é possível citar os parágrafos 3º e 4º do art. 109 que dispõem sobre a competência da justiça estadual para processar e analisar os casos previdenciários²²³:

²²⁰ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 52.

²²¹ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 53.

²²² SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 55.

²²³ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 73.

§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Verifica-se aqui a intenção do legislador constitucional para a ampliação do acesso à Justiça para os beneficiários da Previdência Social, um evidente apontamento para a consolidação do Processo Justo, com base na teoria do constitucionalismo.

Nessa esteira, a caracterização da natureza alimentícia dos débitos decorrentes de benefícios previdenciários prevista na CF/1988, art. 100 §1º-A, também evidencia a importância do direito à subsistência e remete a adequação do direito material envolvido com o processo judicial.²²⁴

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

Ainda outro exemplo, a declaração de morte presumida por ausência, para fins previdenciários, é feita com fulcro no art. 78 da Lei nº 8.213/1991 e não se

²²⁴ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 74.

confunde com a declaração de ausência prevista nos artigos 1.159 a 1.169 do CPC que tratam de sucessão provisória e administração de bens de ausentes.

Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção.

§ 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.

Do exposto, extrai-se que o conteúdo normativo demonstra a complexidade das questões de natureza processual-previdenciária, e por conclusão remete à necessidade de criação de normas processuais que disciplinem a melhor forma de promoção da justiça social.²²⁵

Nem todas as normas de direito processual previdenciário, no entanto conduzem para a efetivação do Processo Justo.

José Antonio Savaris, sobre as normas processuais previdenciárias, evidencia que o art. 130 da Lei nº 8.213/1991 previa, no caso de recursos interpostos pela previdência social, o seu cumprimento, “desde logo”, após a decisão ou sentença, e que os recursos teriam apenas efeito devolutivo.²²⁶

Art. 130. Os recursos interpostos pela previdência Social, em processos que envolvem prestações desta Lei, serão recebido exclusivamente no efeito devolutivo, cumprindo-se, desde logo, a decisão ou sentença, através de processo complementar ou carta de sentença.

²²⁵ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 75.

²²⁶ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 74.

Parágrafo único. Ocorrendo a reforma da decisão, será suspenso o benefício e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada.

O citado autor afirma ainda que o referido artigo era progressista e afinado com o conteúdo previdenciário, no entanto foi declarado inconstitucional pela jurisprudência do STF na ADI 675-4/DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Dj. 6/10/1994 – Dj 20/06/1997), que, em resumo entendeu que o cumprimento “desde logo” não seria compatível com o regime dos precatórios previstos na Constituição Federal.

No que se refere a irrepetibilidade dos valores dos benefícios recebidos pelos segurados, cumpre destacar que atualmente a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que mesmo comprovada a boa-fé objetiva do segurado, este tem o dever de devolver os valores dos benefícios recebidos decorrente da tutela antecipatória.

STJ-0454196. Previdenciário. Antecipação da tutela. Revogação. Restituição dos valores recebidos. Verba de natureza alimentar recebida de boa-fé pela parte segurada. Repetibilidade. Em 12/06/2013, a Primeira Seção, por maioria, ao julgar o REsp. 1.384.418/SC, uniformizou o entendimento no sentido de que é dever do titular de direito patrimonial devolver valores recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada. Nesse caso, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até dez por cento da remuneração dos benefícios previdenciários recebidos pelo segurado, até a satisfação do crédito. Entendimento reafirmado sob o regime do art. 543-C do CPC, no julgamento do REsp 1.401.560/MT (acórdão pendente de publicação). Agravo regimental provido. (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 339.657/RS (2013/0127815-0), 2ª Turma do STJ, Rel. Humberto Martins. j. 24.04.2014, unânime, DJe 2/05/2014).

O contexto ainda é mais amplo, pois se entende também que caso prevaleça a decisão do juiz de primeiro grau após a reforma da sentença ou decisão que concedeu a tutela antecipatória, estaria ocorrendo uma “subversão da hierarquia

judiciária estabelecida na Constituição Federal”²²⁷, ou seja, haveria uma inversão hierárquica consubstanciada pelo duplo grau de jurisdição. Esta norma, portanto, embora seja de natureza previdenciária não comporta uma interpretação voltada para o Processo Justo.

3.2.1 Não Preclusão do Direito à Seguridade Social e Suas Consequências Processuais

Como um dos aspectos essenciais para a construção de uma dogmática para um Processo Previdenciário, a questão da preclusão temporal em matéria previdenciária se aplicada conforme os ditames clássicos é causa de negação do direito fundamental à Seguridade Social.²²⁸

Savaris denomina a impossibilidade de aplicação da preclusão temporal em matéria previdenciária de “Princípio da Não Preclusão ao Direito Previdenciário”. Sobre o “Princípio da Não Preclusão ao Direito Previdenciário”, a premissa maior decorre do direito humano e fundamental à previdência social. Tal afirmativa que tem um viés eminentemente protetivo e tem respaldo na CF/1988 nos art. 6º, caput, art. 1º, III, e art. 5º, XXXV.²²⁹

Sobre o referido princípio, a Suprema Corte brasileira já se pronunciou especificando que cabe distinguir o direito ao benefício previdenciário e o direito a graduação pecuniária das prestações.²³⁰

Ou seja, a disciplina legislativa não atribuiu prazo para que o segurado da Previdência Social busque o benefício ao qual tem direito. Não preclui. O direito

²²⁷ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 75.

²²⁸ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 80.

²²⁹ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 80.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 626.489, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3910753>>. Acesso em 28 set. 2014.

fundamental ao benefício pode ser exercido a qualquer tempo, não recaindo consequências negativas à inércia do beneficiário.²³¹

Já, no que diz respeito à graduação das prestações previdenciárias o entendimento da Suprema Corte é no sentido de que se deve atentar para o conflito dos trabalhadores ativos e dos segurados, dos contribuintes abastados e das pessoas humildes, da geração atual e da geração futura, tendo em vista o equilíbrio da sustentação do sistema previdenciário.²³²

No que se refere à graduação do valor do benefício, a interpretação é de que é possível operar-se a preclusão, uma vez que ela não atinge o benefício, mas sim a possibilidade de graduação, elevação do valor recebido. Daí se extrai que a aplicação do referido princípio não é absoluta, uma vez que a não preclusão atinge somente o fundo do direito, ou seja, o direito ao benefício.

Ao aprofundar mais a proposta de uma dogmática processual para os direitos de Seguridade Social, e partindo da concepção do direito à Seguridade Social como reflexo dos direitos humanos e fundamentais alicerçados na dignidade da pessoa humana, eles estão vinculados ao mínimo existencial e por isso não se submetem ao regime da preclusão.²³³

No que se refere a não preclusão dos direitos sociais vinculados à mínima existência a Jurisprudência pátria encontra algum consenso, o que denota que a sua aplicação no caso concreto encontra guarida pelos juízes e tribunais. Eis uma jurisprudência que se refere à proteção jurisdicional ao benefício Assistencial de Prestação Continuada previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/1993:

Previdenciário. Recurso especial. Benefício assistencial. Lei nº 8.742/1993 e Lei nº 10.741/2003. Prescrição do fundo de direito. Não

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 626.489, Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3910753>>. Acesso em 28 set. 2014.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 626.489, Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3910753>>. Acesso em 28 set. 2014.

²³³ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 79.

ocorrência. Recurso especial conhecido e não provido. 1. A questão central do recurso especial gira em torno da ocorrência ou não da prescrição da pretensão ao reconhecimento do benefício de amparo social. 2. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/1993 e também pela Lei nº 10.741/2003, o Estatuto do Idoso. Consiste no pagamento de um salário mínimo mensal às pessoas com deficiência ou idosas, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. 3. O benefício em exame está consubstanciado nos fundamentos do Estado democrático de direito, tais como o da erradicação da pobreza e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo-se ao cidadão brasileiro o mínimo existencial. 4. Relativamente à ocorrência ou não da prescrição do fundo de direito, parte-se da definição de que os benefícios previdenciários estão ligados ao próprio direito à vida e são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais. 5. A pretensão ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo, que vão prescrevendo uma a uma, em virtude da inércia do beneficiário. Inteligência do parágrafo único do art. 103 da Lei nº 8.213/1991. 6. Recurso especial conhecido mas não provido. (Recurso Especial nº 1.349.296/CE (2012/0194342-6), 2ª Turma do STJ, Rel. Mauro Campbell Marques. j. 20/02/2014, unânime, DJe 28/02/2014).

Nessa linha, José Antonio Savaris afirma que as argumentações sustentadoras do princípio da não preclusão ao direito previdenciário são as seguintes:

a) o direito a um bem previdenciário não preclui pelo seu não exercício tempo, isto é, o direito à proteção previdenciária é imprescritível; b) o direito a um bem previdenciário não é fulminado, de modo indistinto, pelo instituto da coisa julgada;/ c) no direito processual previdenciário deve-se admitir a apresentação de novas provas, ainda quando vencida a fase instrutória.²³⁴

Sobre a imprescritibilidade do direito previdenciário, há argumentos importantes que amparam a sua aplicabilidade, pois o instituto da prescrição suprime

²³⁴ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 50.

o direito fundamental social a que a pessoa terá direito, prescrevendo o fundo do direito. Essa prescrição do direito fundamental à Seguridade Social, aqui entendida como os direitos à Assistência Social, Saúde e Previdência Social, violam o art. 6º caput da CF/1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III da CF/1988, o direito ao acesso à justiça art. 5º, XXXV, da CF/1988, inclusive o art. 25, item “1” do Pacto de San Jose da Costa Rica, norma de natureza supralegal.²³⁵

A consequência da aplicação da preclusão dos direitos previdenciários implica, portanto, na separação da pessoa da proteção social prevista na Constituição Federal.

Em que pese os argumentos acima delineados, recentemente o Supremo Tribunal Federal entendeu que no âmbito do direito à previdência social, a possibilidade de revisão do benefício previdenciário, preclui:

Recurso extraordinário. Direito previdenciário. Regime geral de previdência social (RGPS). Revisão do ato de concessão de benefício. Decadência. 1. O direito à Previdência Social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário. 2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário. 3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória nº 1.523, de 28/06/1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. 4. Inexistente direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (Recurso Extraordinário nº 626.489/SE, Tribunal Pleno do STF, Rel. Roberto Barroso. j. 16/10/2013, unânime, DJe 23/09/2014).

²³⁵ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 50..

Nas razões do voto, o Ministro sustentou não haver inconstitucionalidade na regra de direito previdenciário que institui o prazo de preclusão para o direito de revisão de benefício previdenciário:

Com base nesse raciocínio, não verifico inconstitucionalidade na criação, por lei, de prazo de decadência razoável para o questionamento de benefícios já reconhecidos. Essa limitação incide sobre o aspecto patrimonial das prestações. Não há nada de revolucionário na medida em questão. É legítimo que o Estado-legislador, ao fazer a ponderação entre os valores da justiça e da segurança jurídica, procure impedir que situações geradoras de instabilidade social e litígios possam se eternizar. Especificamente na matéria aqui versada, não é desejável que o ato administrativo de concessão de um benefício previdenciário possa ficar indefinidamente sujeito à discussão, prejudicando a previsibilidade do sistema como um todo. Esse ponto justifica um comentário adicional.²³⁶

3.2.2. A Teoria do Acertamento e a Flexibilização dos Princípios Dispositivos e da Adstrição da Sentença

O direito processual clássico é insuficiente para a solução dos casos previdenciários. Tal premissa é lógica e decorre do fato de não haver normatividade específica e ampla, reguladora das lides previdenciárias no ordenamento jurídico brasileiro. Notadamente verifica-se um direito processual baseado na jurisprudência.

O Processo Judicial dos direitos da Seguridade Social é assim, o ideário constitucional de um Processo Justo intimamente comprometido com as particularidades das causas previdenciárias²³⁷.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 626.489**, Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3910753>>. Acesso em 28 set. 2014.

²³⁷ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 31.

O Princípio do Acertamento da Relação Jurídica de Proteção Social está consubstanciado pela função jurisdicional na solução do caso concreto. Decorre da aplicação do controle da legalidade do ato administrativo.²³⁸

Significa entender que não cabe ao Poder Judiciário a mera atividade de revisão judicial da legalidade do ato administrativo, mas proporcionar, nos termos constitucionais e legais, o ajustamento da relação jurídica entre o segurado e o Instituto de Previdência.²³⁹

Na solução dos casos previdenciários a jurisprudência dos tribunais tem aplicado o referido princípio com o intuito de referendar a efetiva proteção social, sem auferir uma proteção exacerbada ao segurado, ou ao Instituto Previdenciário.

Em parte de um Voto Divergente da Relatora Juíza Federal Márcia Vogel Vidal de Oliveira, da 1ª Turma Recursa, Juízo A da Seção Judiciária do Paraná, Processo nº 201070520023348, sobre o pleito de um benefício por incapacidade em juízo, a eminente Relatora proferiu:

Pouco importa a data em que o INSS tomou ciência da incapacidade ou a data em que o segurado logrou requerer o benefício por incapacidade em juízo. O auxílio-doença deve ser concedido se devido e na justa medida em que devido. Qualquer silogismo que lance a (DIB) data do início do benefício por incapacidade para momento distinto daquele reconhecido como a (DII) data de início da incapacidade implica, ou ausência de proteção social (enriquecimento sem causa do instituto), ou sobreproteção previdenciária (enriquecimento indevido por parte do segurado).

Percebe-se aqui, um exemplo da aplicação do Princípio do Acertamento da Relação Jurídica de Proteção Social evidenciando a atuação necessária da magistrada com um olhar aos direitos humanos e ao direito fundamental à Previdência Social.

²³⁸ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 115.

²³⁹ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 122.

Esse princípio também decorre da teoria da Primazia do Acertamento, segundo a qual o direito de proteção social deve ser aplicado nos exatos termos a que a parte faz jus, superando a ideia de mera aplicação do Princípio da Legalidade.²⁴⁰

O componente declaratório da sentença, denominado por Chiovenda de *accertamento*, constitui a mais elevada função do processo.²⁴¹

É a certeza jurídica decorrente do acertamento da relação jurídica de proteção social, a primeira finalidade da função jurisdicional e na revisão do controle da legalidade do ato administrativo.²⁴²

A atribuição do status de princípio corresponde às exigências do direito fundamental à tutela adequada, constituindo num verdadeiro instrumento de proteção social.²⁴³

É possível verificar isso na recente decisão do STF no Voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia no ARE 725.856, que manteve a decisão da Turma Regional de Uniformização do Estado do Paraná sobre a possibilidade do acertamento da relação jurídica previdenciária:

Incidente de uniformização de jurisprudência regional. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Tempo de serviço posterior ao requerimento administrativo. Fato superveniente. Art. 462, do CPC. Reconhecimento posterior à sentença. Possibilidade. Princípio da primazia do acertamento.1. A implementação das condições para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, no

²⁴⁰ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 123.

²⁴¹ SAVARIS, José Antônio. **Princípio da Primazia do Acertamento Judicial da Relação Jurídica de Proteção Social**. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 419-37, 2012. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4209/2420>>. Acesso em: 21 out. 2014, p. 427.

²⁴² SAVARIS, José Antônio. **Princípio da Primazia do Acertamento Judicial da Relação Jurídica de Proteção Social**. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 419-37, 2012. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4209/2420>>. Acesso em: 21 out. 2014, p. 427.

²⁴³ SAVARIS, José Antônio. **Princípio da Primazia do Acertamento Judicial da Relação Jurídica de Proteção Social**. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 419-37, 2012. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4209/2420>>. Acesso em: 21 out. 2014, p. 427.

que concerne ao cômputo do tempo de serviço após a entrada do requerimento administrativo, pode ser considerada como fato superveniente para a procedência do pedido, nos termos do artigo 462, do CPC. 2. O princípio processual previdenciário da primazia do acerto da relação jurídica de proteção social sobre a estrita legalidade do ato administrativo orienta que a atividade jurisdicional destina-se primordialmente à definição da relação jurídica entre o particular e a Administração Previdenciária e, por tal razão, deve outorgar a proteção previdenciária nos termos em que a pessoa a ela faz jus, independentemente de como tenha se desenvolvido o processo administrativo correspondente. Em outras palavras, **a análise judicial deve voltar-se, com prioridade, para a existência ou não do direito material reivindicado** (IUJEF nº. 0000474- 53.2009.404.7195, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator p/ Acórdão José Antonio Savaris, D.E. 09.09.2011)

Diante da ocorrência de fato superveniente da situação jurídica do segurado da Previdência Social a qual geraria a possibilidade da procedência da ação judicial, o Juiz decidiu, aplicado explicitamente o princípio da primazia do acerto das relações jurídicas, o que resultou na plena e eficaz tutela jurisdicional do direito à Seguridade Social.

Nesse sentido, o princípio da Primazia do Acerto constitui um verdadeiro ponto de relativização do princípio dispositivo e do princípio da congruência:

O princípio dispositivo consagra a ideia de que a busca pela satisfação dos direitos materiais encontra-se na esfera de disponibilidade dos indivíduos. Em decorrência dessa noção fundamental e igualmente como consequência do princípio da imparcialidade judicial, em regra não se admite o funcionamento *ex officio* dos órgãos jurisdicionais. Assim é que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando invocada pela parte (CPC, art. 2º).²⁴⁴

Sobre o princípio da congruência:

²⁴⁴ SAVARIS, José Antônio. **Princípio da Primazia do Acerto Judicial da Relação Jurídica de Proteção Social**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 419-37, 2012. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4209/2420>>. Acesso em: 21 out. 2014, p. 433.

Também como derivação do princípio dispositivo pode ser percebido o princípio da congruência ou da adstrição da sentença ao pedido, segundo o qual o juiz deve decidir a lide nos termos em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas pelas partes (CPC, arts. 128 e 460).²⁴⁵

Aí que se configura a flexibilização dos princípios dispositivos e da adstrição da sentença, como corolário do direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva.

Recentemente o novo precedente do STJ sobre a flexibilização das normas do processo civil comum nas lides previdenciárias:

Previdenciário e processual civil. Concessão de benefício diverso. Decisão extra petita não configurada. Aposentadoria por idade. Implementação dos requisitos. Precedentes.

1. Em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido. Precedentes.

2. O Tribunal a quo reformou a sentença que havia concedido à autora o benefício de aposentadoria por invalidez. Considerando a perda dessa qualidade e a implementação de outros requisitos, lhe foi deferida a aposentadoria por idade, nos termos da Lei nº 10.666/2003, a contar de 24/07/2008.

Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 574.838/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 30/10/2014)

Cabe enfatizar, pela jurisprudência descrita acima que a decisão está em consonância com o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e o processo justo.

As jurisprudências dos tribunais brasileiros em matéria previdenciária têm flexibilizado a aplicação dos cânones do processo civil comum.

²⁴⁵ SAVARIS, José Antônio. **Princípio da Primazia do Acertamento Judicial da Relação Jurídica de Proteção Social**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 419-37, 2012. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4209/2420>>. Acesso em: 21 out. 2014, p. 433.

O princípio da congruência é previsto nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil nos seguintes artigos:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460 - É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

A flexibilização, porém, nas lides relativas aos direitos de Seguridade Social encontra amparo nos tribunais brasileiros. Tal assertiva é verídica, uma vez que há consenso relacionado com a fungibilidade dos pedidos relativos aos benefícios por incapacidade. Nesse sentido, José Antonio Savaris:

A tese de que é dado ao juiz conceder benefício previdenciário por incapacidade distinto do que foi pleiteado na inicial, contudo, não tardou encontrar acolhida. Há um relativo consenso, não sem razão, de que se a causa de pedir remota, nesses casos, apresenta um núcleo comum (incapacidade para o trabalho), a decisão judicial, concedendo um ou outro benefício por incapacidade para o trabalho (aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio-acidente), apenas estaria a definir a aplicação do direito à espécie, à luz do que demonstrou o conjunto probatório. Chegou-se a sustentar a existência falar de uma certa fungibilidade dos pedidos relativos a benefícios previdenciários por incapacidade, tomada de empréstimo das ações possessórias, com o detalhe de que estas comportam a fungibilidade em razão do "fato superveniente".²⁴⁶

Sobre os benefícios de prestação continuada da Assistência Social, devem, porém, ser conduzidas pelo mesmo raciocínio:

²⁴⁶ SAVARIS, José Antônio. **Novo precedente do STJ e a flexibilização das normas do processo civil comum nas lides previdenciárias.** Disponível em: <<http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2014/10/novo-precedente-do-stj-e-flexibilizacao.html>>. Acesso em: 3 nov. 2014.

Em que pese o relativo consenso existente quanto à flexibilização do princípio da adstrição da sentença em relação ao pedido de concessão de benefício por incapacidade para o trabalho, as dificuldades para se admitir a relativização da vinculação aumentam quando, por exemplo, a parte que formulou requerimento de auxílio-doença, faz jus, na verdade, a um benefício de prestação continuada da assistência social (onde a ideia de ausência de condições da pessoa prover sua própria subsistência também se mostra presente, no caso da pessoa com deficiência).

As resistências aumentam, pode-se dizer, quando o benefício concedido pelo juiz não se funda na incapacidade laboral e é distinto daquele buscado na petição inicial. E sem razão de ser.

Respeitados o contraditório e ampla defesa, evitando-se, ainda, tumulto processual, deve o juiz conceder à parte o benefício previdenciário a que faz jus, observada a norma da proteção social mais efetiva (direito ao melhor benefício).²⁴⁷

Nesse sentido, a flexibilização dos institutos do processo civil comum, é justificável, pois o juiz tem o poder-dever de proporcionar a proteção social devida concedendo o melhor benefício (art. 122 da Lei nº 8.213/1991).

3.2.3. A Perspectiva da Proteção Judicial contra Lesões Administrativas por Omissão

O Princípio da Proteção Judicial Contra Lesão Implícita (Lesão por Omissão) a Direito, decorre da ideia de que o ente público, que tem a obrigação legal de gerir os recursos previdenciários, deve testar todas as hipóteses possíveis de proteção social. Há um dever de orientação quanto aos direitos previdenciários.²⁴⁸

²⁴⁷ SAVARIS, José Antônio. **Novo precedente do STJ e a flexibilização das normas do processo civil comum nas lides previdenciárias.** Disponível em: <<http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2014/10/novo-precedente-do-stj-e-flexibilizacao.html>>.

Acesso em: 3 nov. 2014.

²⁴⁸ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário.** 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 135.

Esse princípio tem guarida na Lei nº 8.213/1991 nos arts. 88 e 122 e no Enunciado 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social segundo o qual: “A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fazer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido.”.

A falta de observância desse princípio gera a omissão ao direito do segurado e conseqüentemente uma proteção social deficiente.

No que se refere a aplicação do princípio, quando à possibilidade das partes, é a noção de que algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas. Isso leva a reflexão de que há vantagens e desvantagens para determinados litigantes, dentre elas, os recursos financeiros, a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa, a questão de que existem litigantes eventuais e litigantes habituais.²⁴⁹

No que se refere às lides previdenciárias, de um lado, o cidadão, na sua grande parte carente de informações sobre o seu direito, e de outro, o INSS que tendo o dever de orientar sobre o direito, não orienta e na esfera judicial os procuradores federais altamente qualificados que defendem tecnicamente a causa sem a preocupação com o direito fundamental à Seguridade Social.

De um lado, o cidadão que eventualmente busca seu direito perante a justiça para conseguir o direito a alimentos. De outro lado, o maior litigante do Brasil, o INSS, litigante habitual.

A litigância judicial ocorre pela omissão a direito do cidadão. Segundo José Antonio Savaris:

[...] toda vez que a Administração Previdenciária deixa de orientar o segurado acerca de seus direitos e não avança para conhecer sua realidade, acarretando com tal proceder a ilusão do direito á devida

²⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 3.

proteção social (direito a mais eficaz proteção social), ela, ainda que de modo implícito, opera, por omissão, verdadeira lesão a direito.²⁵⁰

No presente capítulo investigou-se a sistemática do processo judicial previdenciário como objetivo de verificar se o Processo Previdenciário exige garantias constitucionais processuais para a efetivação dos direitos previdenciários.

Verificou-se que o Processo Previdenciário exige um alinhamento ideológico com a teoria do constitucionalismo especialmente pela valorização dos princípios fundamentais de proteção social, exige a aplicação ampla e irrestrita das garantias processuais constitucionais as quais orientam a adequada condução do processo judicial de natureza previdenciária, inclusive, observou-se que as referidas garantias processuais poder ser aplicadas a todos os direitos de Seguridade Social quando submetidos à Tutela Jurisdicional.

3.3 A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DE UMA PROCESSUALIDADE DA SEGURIDADE SOCIAL

Ainda na esteira da proposta dogmática de uma processualidade própria das lides em que se discutem os direitos de Seguridade Social, é importante demonstrar que nos tribunais brasileiros diariamente são aplicadas teses que dão o respaldo necessário a tudo o que fora exposto até agora. A Judicialização das Políticas Públicas de Seguridade Social na Perspectiva da Tutela Jurisdicional Adequada.

²⁵⁰ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 135.

Para o presente trabalho descreve-se abaixo alguns casos em que a jurisprudência demonstrou a referida adesão do direito processual ao direito material envolvido e como consequência se obteve uma verdadeira garantia dos direitos fundamentais de Seguridade Social.

3.3.1 Coisa Julgada *secundum eventum probationes*

Uma importante tese é a que relativiza a coisa julgada material em matéria previdenciária e possibilita a rediscussão de uma ação que tenha sido julgada com resolução de mérito.

Convém descrever o caso fático de um segurado do INSS que teve julgado improcedente o benefício previdenciário de pensão por morte. Em síntese, na primeira ação transitada em julgado não fora comprovada a qualidade de segurada da instituidora da pensão e o benefício fora negado judicialmente:

“No caso em tela, o benefício do autor foi negado nos autos 2007.70.15.000051-8 sob o fundamento de que sua companheira não possuía a qualidade de segurado na data do óbito, tendo em vista que “que o último vínculo empregatício da falecida foi em 1985 e, ainda, que esta não auferia qualquer tipo de benefício do INSS. Observe-se que não existe nos autos nenhum início de prova material e nem recolhimento de contribuições previdenciárias relativas a período posterior.”

Todavia, deixou de se observar que a instituidora da pensão estava em gozo de benefício de aposentadoria por invalidez desde 01.04.1989, fato este que, se devidamente analisado, certamente teria levado a solução diversa do caso concreto.

Anoto que o equívoco possivelmente foi motivado em razão da incorreção dos dados do sistema do INSS e por conduta da própria autarquia, que juntou aos autos informação do SISBEN dando conta de que não havia benefício em nome da falecida. É que no SISBEN a instituidora está cadastrada como Maria de Lourdes Bandeira, quando na realidade se chama Maria Lurdes Bandeira.

Desta forma, considerando que há indício de que a instituidora da pensão estava em gozo de benefício quando do óbito (EXTR10, evento 1), o que não foi analisado nos autos 2007.70.15.000051-8, entendo que a análise da pretensão da recorrente não encontra óbice na coisa julgada

previdenciária, o que permite o regular processamento do feito para a verificação do direito à percepção de pensão por morte.

De outra parte, verifico que não é aplicável ao caso o art. 515, § 3º, do CPC, uma vez que sequer houve citação do INSS. Outrossim, é possível o que ilustre juiz singular, para a formação de seu convencimento, delibere eventualmente produzir novas provas.

Com efeito, o retorno do feito à origem permite que o juízo singular, achando pertinente, reabra a instrução do processo, no sentido de oportunizar às partes que juntem documentos considerados pertinentes.”²⁵¹

Verifica-se que na segunda ação o Juiz Relator fundamentou a decisão com base na teoria da “coisa julgada *secundum eventum probationes*.”

A referida técnica respalda-se na teoria da não preclusão do direito à Seguridade Social com precedentes jurisprudenciais que desconsideram a eficácia plena da coisa julgada:

O princípio da prova material é pré-condição para a própria admissibilidade da lide. Trata-se de documento essencial, que deve instruir a petição inicial, pena de indeferimento (CPC, art. 283 c.c. 295, VI). Consequentemente, sem ele, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, I). E assim deve ser, porque o direito previdenciário não admite a preclusão do direito ao benefício, por falta de provas: sempre será possível, renovadas estas, sua concessão. Portanto, não cabe, na esfera judicial, solução diversa, certo que o Direito Processual deve ser enfocado, sempre, como meio para a realização do direito material. (TRF4 – 5ª T. – AC 2001.04.01.075054-3 – Rel. Antonio Albino Ramos de Oliveira – DJ 18.09.2002.)²⁵²

Nesse sentido, numa perspectiva constitucional o órgão judicante é compelido a oferecer uma resposta adequada à lide que discute o bem da vida tão

²⁵¹ BRASIL. 1 Turma Recursal, Juízo A da Justiça Federal Seção Judiciária do Paraná. Acórdão nº 200970650021179. Recorrente: Pedro Alves da Silva. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Juiz José Antônio Savaris. Curitiba, PR, 07 de abril de 2011. Disponível em: <<https://www.jfpr.jus.br/tr/200970650021179.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁵² SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 90.

precioso que é o alimento apresentando verdadeira face da adesão do processo ao direito material que se discute.²⁵³

O Juiz julga o mérito da lide segundo as provas dos autos, restringindo a sua eficácia somente àquelas provas, não impedindo o autor jurisdicionado de pleitear novamente o benefício caso encontre provas suficientes para a efetivação do direito previdenciário.

Savaris ainda realça que “a possibilidade de limitação dos efeitos da coisa julgada em matéria previdenciária é justamente a natureza do direito que se encontra em jogo, isto, é a fundamentalidade do bem da vida para o indivíduo e sua elevada relevância para a sociedade.”.²⁵⁴

3.3.2 A Flexibilização das Regras do CPC

Um caso de flexibilização da letra da lei processual e evidente prática de adesão do direito processual ao direito material previdenciário é a modulação da regra do art. 267, § 4º:

art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005).

§ 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

Nesse sentido a jurisprudência:

JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. PROCESSUAL CIVIL. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. CONCORDÂNCIA DO REÚ. DISPENSA.

1. Não é absoluta a regra do art. 267, § 4º, do CPC, que exige o consentimento do réu para que seja acolhido o pedido de desistência da parte autora, se decorrido o prazo da contestação.

²⁵³ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 91.

²⁵⁴ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 89.

2. Deve-se considerar que os juizados especiais são um micro-sistema à parte, de modo que, como já se tem admitido no caso do mandado de segurança (AgRg no REsp 510.655/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 23/10/2009), dispensável a concordância da parte adversa para a homologação do pedido de desistência, quando não sentenciado o feito.
3. A própria Lei nº 9.099/95, no art. 51, § 1º, consigna que: “A extinção do processo independará, em qualquer hipótese, de prévia intimação pessoal das partes”, e ainda traz mais hipóteses de extinção sem julgamento do mérito que o Código de Processo Civil não dispõe.
4. Deve ser mantida a sentença que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VIII, do CPC.
5. Recurso Inominado do réu improvido.²⁵⁵

PROCESSO CIVIL. DESISTÊNCIA DA AÇÃO ANTES DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. CONSENTIMENTO DO RÉU. DESNECESSIDADE. 1. Esta Turma firmou o entendimento de que: “1. Não é absoluta a regra do art. 267, § 4º, do CPC, que exige o consentimento do réu para que seja acolhido o pedido de desistência da parte autora, se decorrido o prazo da contestação. 2. Deve-se considerar que os juizados especiais são um microssistema à parte, de modo que, como já se tem admitido no caso do mandado de segurança (AgRg no REsp 510.655/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 23/10/2009), dispensável a concordância da parte adversa para a homologação do pedido de desistência, quando não sentenciado o feito. 3. A própria Lei nº 9.099/95, no art. 51, § 1º, consigna que: “A extinção do processo independará, em qualquer hipótese, de prévia intimação pessoal das partes”, e ainda traz mais hipóteses de extinção sem julgamento do mérito que o Código de Processo Civil não dispõe. 4. Deve ser mantida a sentença que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VIII, do CPC. 5. Recurso Inominado do réu improvido.” (Relatora Márcia Vogel Vidal de Oliveira nos autos n. 2009.70.55.000944-3, julgado em 29.04.2010)

2. Em suma, desistência da ação somente é possível antes da prolação da sentença e não se exige, para tanto, a concordância do réu para a sua homologação. Após a sentença de improcedência não é mais possível a desistência da ação, cabendo à parte tão somente a desistência do recurso, nos termos do artigo 501 do CPC, o que também dispensa a concordância do recorrido. (Relator José Antonio Savaris nos autos n. 200970660011500/PR).²⁵⁶

²⁵⁵ BRASIL. 1 Turma Recursal, Juízo C da Justiça Federal Seção Judiciária do Paraná. Acórdão nº 200970550009443. Recorrente: Antonio Amadeu de Souza. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Juiz Márcia Vogel Vidal de Oliveira. Curitiba, PR, 11 de maio de 2010. Disponível em: <https://www.jfpr.jus.br/tr/200970550009443_ementa.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁵⁶ BRASIL. 1 Turma Recursal, Juízo A da Justiça Federal Seção Judiciária do Paraná. Acórdão nº 200970660011500. Recorrente: Jaime Moreno Fidelis. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Juiz José Antônio Savaris. Curitiba, PR, 09 de setembro de 2010. Disponível em: <https://www.jfpr.jus.br/tr/200970660011500_ementa.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

Na linha da possibilidade da não preclusão do direito previdenciário e da relativização da coisa julgada, se o autor, no curso da ação percebe que a desistência da ação lhe será mais vantajosa do que o julgamento, ou que poderá ingressar novamente com a ação com o objetivo de instruir melhor a lide.

3.3.3 A Busca da Verdade Real Por Meio do Processo

Savaris afirma que a busca da verdade real não é uma escolha do juiz, pois revestido dos poderes instrutórios deve sempre primar pela verdade fática para que se resolva o problema social da privação do bem da vida.²⁵⁷

A jurisprudência dos tribunais tem se manifestado pela busca da verdade real, uma vez que ela representa o interesse público de efetividade da Justiça.

Nesse sentido a jurisprudência do TRF4:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. POSSIBILIDADE. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. ART. 130, DO CPC. 1. Entendendo o magistrado serem necessárias novas provas, pode este requisitá-las de ofício, ou mesmo determinar que a parte autora as produza, porquanto assim determina o art. 130 do Código de Processo Civil. 2. "O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado apenas pelo ângulo do ônus (CPC, art. 333). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material a tutela jurisdicional." (Bedaque, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, pp. 26-27). 3. A complementação do conjunto probatório, corolário do poder do juiz de averiguar os fatos, sobre o qual as partes não podem dispor, visa, por meio da busca pela verdade real, à formação de um juízo de livre convicção motivado, atendendo, assim, ao

²⁵⁷ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 94.

interesse público de efetividade da Justiça, cujo escopo é o alcance da verdadeira paz social, que se eleva sobre os interesses individuais das partes. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça.

(TRF-4 - AC: 50004454820104047108 RS 5000445-48.2010.404.7108, Relator: CELSO KIPPER, Data de Julgamento: 06/11/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 07/11/2013)

Inclusive no que se refere a apresentação de documento novo o STJ tem admitido o “entendimento de que seria admissível a apresentação de prova documental na fase recursal, desde que não caracterize a má-fé e observado o contraditório.”.²⁵⁸

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DEPÓSITO PREVISTO NO ART. 488, II, DO CPC. NÃO OBRIGATORIEDADE. BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DOCUMENTO NOVO. ADMISSIBILIDADE. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. QUALIFICAÇÃO DO MARIDO. EXTENSÃO À ESPOSA. 1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a parte beneficiária da justiça gratuita não está obrigada a efetuar o depósito de que trata o art. 488, II, do Código de Processo Civil. 2. Ainda que o documento apresentado seja anterior à ação originária, esta Corte, nos casos de trabalhadores rurais, tem adotado solução pro misero para admitir sua análise, como documento novo, na rescisória. 3. Os documentos apresentados constituem início razoável de prova material apta para, juntamente com os testemunhos colhidos no processo originário, comprovar o exercício da atividade rural. 4. A qualificação do marido como lavrador estende-se à esposa, conforme precedentes desta Corte a respeito da matéria. 5. Ação rescisória procedente. (Ação Rescisória nº 3144/SP (2004/0100654-3), 3ª Seção do STJ, Rel. Sebastião Reis Júnior. j. 10.04.2013, unânime, DJe 18.04.2013)

A possibilidade da admissão de documento novo para rescindir decisões que negaram a proteção social previdenciária é uma realidade que vem sendo ampliada pelo STJ.²⁵⁹

O precedente citado demonstra claramente que o órgão julgador com vistas a efetividade da tutela jurisdicional, busca também a efetividade das Políticas Públicas de Seguridade Social, ou seja, a entrega do bem da vida fundamental.

²⁵⁸ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 96.

²⁵⁹ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 96.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe retomar sucintamente a exposição do Capítulo 1 sobre as condições de possibilidade do tema “Judicialização das Políticas Públicas”, ou seja, que condições históricas, sociais e jurídicas foram necessárias para a conformação do fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas.

O ponto de partida foi a abordagem da evolução do Estado, especialmente, do Estado Moderno nas suas modalidades do Estado Liberal ao Estado Constitucional Moderno, também chamado de Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social. As concepções de Estado e as noções teóricas e filosóficas que lhe deram substância deram suporte para o referido fenômeno.

Com o objetivo de demonstrar ao longo da história a evolução do pensamento do direito, abordaram-se brevemente sobre o Positivismo e evolução desse pensamento até a constitucionalização do direito. A Constituição passou a ser entendida como um sistema jurídico normativo que deve orientar toda a legislação infraconstitucional, e a interpretação do direito tanto material quanto substancial, no sentido de atribuir coerência jurídica-normativa às suas disposições. É o reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua importância para o Estado Constitucional Moderno.

De uma concepção legalista e tecnicista do Poder Judiciário, quanto aos direitos do cidadão, a Constituição Federal de 1988 inaugurou a liberdade interpretativa dos juízes, possibilitando uma concepção de tutela jurisdicional para além da estrita legalidade e transformando o Poder Judiciário no Guardião da Constituição.

No Capítulo 2, identificadas as condições de possibilidade sobre o tema Judicialização das Políticas Públicas, descobre-se que as referidas Políticas Públicas não são integradas no ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, sua Judicialização é necessária para a realização dos direitos materiais sociais. A omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em matéria de Seguridade Social é que dá o suporte jurídico para a judicialização desses direitos.

Identificou-se também a existência de um relativo consenso sobre a justiciabilidade dos direitos de Seguridade Social, uma vez que a noção de mínimo existencial é amplamente aceita como fundamento para a proteção dos direitos sociais em detrimento da teoria da reserva do possível.

Finalmente, no Capítulo 3, trata-se da proposta de uma dogmática e construção jurisprudencial de uma processualidade da Seguridade Social.

Cumpre-nos aqui sistematizar as hipóteses confirmadas ou não ao longo dos capítulos.

a) A primeira hipótese, sobre as condições de possibilidade do tema “Judicialização das Políticas Públicas de Seguridade Social, verificou-se que as concepções de Estado contribuíram para a formação de um Estado voltado para a concretização dos Direitos Fundamentais.

A evolução do Estado Constitucional Moderno e as teorias jurídicas do direito, como a força normativa da Constituição e o protagonismo do Poder Judiciário, consubstanciaram-se em elementos essenciais para a concretização dos direitos matérias fundamentais de Seguridade Social.

b) A existência dos direitos sociais, a íntima relação das Políticas Públicas com a formação do Estado Democrático e a relação da Política com o Direito criaram a necessidade da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos de Seguridade Social.

Se há ineficiência do Poder Executivo ou até mesmo do Poder Legislativo na concretização dos direitos fundamentais, cabe ao Poder Judiciário, como guardião da Constituição, atuar no campo da efetivação desses direitos. A Judicialização das Políticas Públicas é resultado de um relativo consenso sobre a sindicabilidade dos direitos de Seguridade Social, resultado do reconhecimento da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais nela contidos;

c) A concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada que se dá pela Judicialização das Políticas Públicas reclama uma dogmática específica para uma processualidade dos direitos de Seguridade Social. Essa dogmática resulta num aperfeiçoamento da função jurisdicional do Estado;

Há uma especificidade de partes nas lides em que se buscam os direitos de Seguridade Social. O ente Público e o cidadão detentor dos direitos de Seguridade Social, reclamam normas processuais especiais decorrentes da fundamentalidade desses direitos. A dogmática de uma processualidade dos direitos de Seguridade Social leva à concretização da aderência do direito processual ao direito material envolvido.

A concretização dos direitos materiais de Seguridade Social depende da atuação da administração pública previdenciária, porém ela não atende às exigências constitucionais fundamentais de proteção social para a qual foi criada. O que justifica o fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas.

Para que a justiciabilidade dos direitos sociais seja efetivada pela judicialização desses direitos, decorre a lógica de que existe a necessidade de uma dogmática processual específica para os direitos de Seguridade Social.

A sistemática existente não é explícita. É decorrente do alinhamento das exigências constitucionais processuais com as normas infraconstitucionais existentes no sistema normativo. Essas exigências constitucionais processuais revelaram-se eminentemente regras principiológicas que devem ser observadas pelo intérprete no momento da aplicação do direito ao caso concreto.

Decorrente disso percebe-se uma atuação protagonista do Poder Judiciário numa construção jurisprudencial de uma processualidade dos direitos de Seguridade Social. Elas estão evidentes pelo reconhecimento do poder-dever do juiz em flexibilizar as normas processuais clássicas ao deparar-se com um processo de natureza previdenciária, pela aplicação da teoria da primazia do acerto das relações jurídicas de Seguridade Social e pela proteção judicial contra omissões da administração pública.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: nov. 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, 2004, p. 43. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Anexo p. 1. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.shtm>. Acesso em: 15 ago. 2014.

BRASIL. 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 União**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. p. 14809. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8213cons.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 133, Brasília, jan./mar. 1997.

CANELA JR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do Direito Constitucional.** 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002.

CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FRANÇA, Gisele de Amaro. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas Previdenciárias**. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Campos, 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

THEODORO JR., Humberto. O Processo Justo e Contraditório Dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais**, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Paulo, 2010.

KAZUO, Watanabe. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

KELSEN. Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. 2. tir. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTESQUIEU, Barão de. **O Espírito das Leis**. Livro XI, Cap. IV. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NASCIMENTO, Ricardo de Castro. Breve histórico da Previdência Social. **Revista de Direito Social**, n. 28, out./dez. 2007, p. 44.

OLIVEIRA NETO, Francisco J. R. de. A Estrita Legalidade como Limitador Democrático da Atividade Jurisdicional. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Concepção para Estado Contemporâneo**: síntese de uma proposta. p. 9. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32816-40672-1-PB.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2014.

PASOLD, Cesar Luiz (coord.). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC; coedição OAB Editora, 2003.

ROCHA, Daniel Machado da. (org.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. 1. v. Curitiba: Afiliada, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Livro II, Cap. VI, p. 107.

SARMENTO, Daniel. **O Constitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-eoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 4. ed. rev. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5 ed. Curitiba: Alteridade, 2014.

SAVARIS, José Antônio. **Novo precedente do STJ e a flexibilização das normas do processo civil comum nas lides previdenciárias**. 31 out. 2014b. Disponível em: <<http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2014/10/novo-precedente-do-stj-e-flexibilizacao.html>>. Acesso em: 3 nov. 2014.

SAVARIS, José Antônio. Princípio da Primazia do Acertamento Judicial da Relação Jurídica de Proteção Social. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 419-37, 2012. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4209/2420>>. Acesso em: 21 out. 2014.

SAVARIS, José Antonio (org.). **Juizados Especiais Federais**: contributos para uma releitura. 2. v. Itajaí: Univali, 2014a.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006.

STRECK, Luiz Lenio. **Aplicar a Letra da Lei é uma Atitude Positivista?** Disponível em: <www.univali.br/periodicos> Acesso em: 1º fev. 2014.

STRECK, Luiz Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: 2009.

STRECK, Luiz Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TORRES, Artur Luis Pereira. Constituição, Processo e Contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro. **Revista Eletrônica**, ISSN 2236-8981, Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/48-v-1-n2-agosto-de-2011>>. Acesso em: 19 out. 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 9. ed. Madrid: Trotta, 1995.