

RECEBIDO EM: 17/08/2015

APROVADO EM: 14/12/2015

DA JUDICIALIZAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICA DO RE 631.240

*FROM THE JUDICIALIZATION TO THE JUDICIAL ACTIVISM IN
THE SOCIAL SECURITY LAW: HERMENEUTIC APPROACH OF
LEADING CASE RE 631.240*

Daniel Diniz Gonçalves

Procurador Federal

*Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania
pela Universidade de Ribeirão Preto*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contextualização da Gênese Próxima da Judicialização no Brasil; 1.1 Judicialização e Discussão do Papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito; 2 Um Judiciário Procedimentalista em Matéria Previdenciária; 3 Um Judiciário Substancialista em Matéria Previdenciária; 3.1 Origem da Doutrina da Desnecessidade do Prévio Requerimento Administrativo; 4 Na prática, Um Ativismo Judicial em Matéria Previdenciária?; 4.1 Reações ao Ativismo; 5 O Entendimento do Supremo Tribunal Federal: Somos, em terrae brasilis, procedimentalistas, substancialistas ou ativistas?; 6 Conclusão: Pelo que Clama o Estado Democrático de Direito Brasileiro?; Referências.

RESUMO: O presente artigo propõe-se a analisar a atual relação entre o Direito e a Política no âmbito do Direito Previdenciário. Tal análise será feita através do estudo das discussões jurídicas que culminaram com o RE 631.240, que cuida da (des)necessidade do prévio requerimento administrativo nas ações previdenciárias. Para a boa compreensão da questão proposta, exporemos primeiramente o fenômeno da judicialização, que consagra o Judiciário como novo campo de discussão política. Na sequência, traremos à baila os aportes teóricos que buscam disciplinar essa nova relação do Direito com a Política, procedimentalismo e substancialismo, além do ativismo. Ainda, estudaremos a presença de tais aportes teóricos no estudo de caso proposto. Finalmente, apresentaremos uma conclusão acerca de qual modelo de relação entre Direito e Política reclama o Estado democrático Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Procedimentalismo. Substancialismo. Ativismo. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This article aims to analyze the current relationship between the Law and the Politics under the Social Security Law. Such an analysis will be done by studying the legal discussions that led to the RE 631.240, which takes care of the (un)need for prior administrative requirement in social security judicial actions. For good understanding of the proposal, first we will expose the phenomenon of judicialization, which enshrines the judiciary as a new political discussion field. Following, we will bring to the fore the theoretical contributions that seek to discipline this new relationship between Law and Politics, which are Proceduralism and Substantialism, beyond an analysis of the judicial activism. Still, we will study the presence of such theoretical contributions in the study of leading case (RE 631.240). Finally, we will present a conclusion about which relationship model between Law and Politics claims the Brazilian democratic state .

KEYWORDS: Judicialization. Proceduralism. Substantialism. Activism. Rule of Law.

INTRODUÇÃO

A política e as relações sociais, de forma bem perceptível, têm sido levadas ao Judiciário. Essa judicialização da sociedade moderna, segundo VIANNA, tem raízes no constitucionalismo moderno¹, caracterizado pelo dirigismo constitucional do Estado do Bem Estar Social, que outorgou aos cidadãos uma extensa gama de direitos sociais², eminentemente prestacionais, os quais não seriam cumpridos pelo governo.

Os direitos sociais, como é o caso dos direitos previdenciários, demandam um tipo de legislação específica para sua concretização³, legislação essa que tem que se adequar ao caráter complexo e polifacético da vida; daí a impossibilidade de o legislador prever todas as situações de aplicação material da lei.

Tais lacunas precipitam a transformação do Judiciário em um “legislador implícito”.⁴ O Judiciário, pelo manejo de princípios, que são normas com uma flexibilidade normativa maior, assume o papel de inserção da realidade dentro do texto legal. O crescente número de ações, objetivando uma intervenção judicial que preencha as lacunas legais, traduz um novo papel que se apresenta ao Judiciário em *terrae brasillis*.

A fim de solucionar esse problema crônico de pretensas lacunas legais, o Judiciário tem se posicionado com a adoção de “interpretações conforme a Constituição”⁵ que, na prática, implicam a possibilidade de o Judiciário legislar, materializando condições para a efetiva fruição do direito judicializado.

1 WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização da política no Brasil. In: WERNECK VIANNA, Luiz et alii, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

2 Segundo VIANNA, “além de o governo se fazer de regulador em geral da economia, visando imprimir um prévio sentido às suas variáveis-chave, cabia-lhe, igualmente, a administração do social, desenvolvendo programas de emprego de mão-de-obra, políticas de assistência familiar, projetos habitacionais, programas de saúde, etc, matérias que, em sua totalidade, dependiam da edição de lei de alcance específico.” VER WERNECK VIANNA, *Ibidem*, p. 17.

3 Vide Leis 8212 e 8213, de 1991, que estipulam o plano de custeio e de benefícios da previdência social.

4 WERNECK VIANNA, *op. cit.*, p. 21.

5 A interpretação conforme a Constituição é um método hermenêutico e de controle de constitucionalidade, que tem como objetivo garantir a compatibilidade da lei (sentido estrito) ao bloco de constitucionalidade, devendo ser utilizada para conferir à lei um sentido que a ele melhor se harmonize, dentre outros sentidos possíveis.

RUI ROSADO chama-nos a atenção para o fato de que “a incapacidade do Estado em regular, pela via formal da lei, as multifacetadas relações sociais, termina por colocar nas mãos do juiz o encargo de fazer a adaptação da ordem jurídica ao mundo real”⁶. Esse seria, de fato, o conceito de judicialização da política e das relações sociais, como fenômeno inexorável e contingencial, advindo mesmo da impossibilidade (ou incompetência) do legislador criar leis que se adaptem à complexidade social.

Em sentido similar, já tivemos a oportunidade de assinalar que a judicialização é uma tendência fenomênica social típica das democracias de massa, e decorrem de conjunturas político-sociais, passíveis de perfilhamento⁷. Todavia, para nossa proposta, o tratamento adequado da questão passa pela necessária diferenciação entre os fenômenos da judicialização e do ativismo que, no mais das vezes, são articulados como faces de uma mesma moeda. No presente artigo pretendemos esclarecer essas questões tomando como “laboratório” uma questão concreta.

Com efeito, na seara previdenciária, a judicialização alcançou tal magnitude, que muitos operadores do Direito, apesar de não registrarem o protesto formalmente, reputam que a Justiça Federal, notadamente os Juizados Especiais Federais, convolou-se em “balcão de negócios do INSS”⁸, na medida em que milhões de segurados preferem deduzir ações no Judiciário a procurar a autarquia previdenciária para nela formular diretamente seus pleitos.

Exemplar do fenômeno da judicialização projetado sobre a política pública de seguridade social é a grande discussão envolvendo a comprovação de interesse processual nas ações previdenciárias, mediante o prévio requerimento administrativo do autor junto ao INSS.

6 “[...] precisamos de juízes que tenham condições de compreender a complexidade de sua ação, de perceber que o direito tem suas raízes submersas em valores históricos, de olhar para a causa das causas que lhe são submetidas, de se preocupar com as circunstâncias preexistentes que determinaram o surgimento do litígio, de apreender as razões que amparam as pretensões das partes, de viver a realidade presente e de refletir sobre as conseqüências concretas de seu julgamento.” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais*. Artigo baseado no texto básico da palestra proferida na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, por ocasião da solenidade comemorativa dos seus 25 anos, em Porto Alegre, no dia 17 nov. 2005.)

7 TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial e Judicialização da Política: Notas para uma necessária diferenciação*. In: Antônio Pereira Gaio Júnior; Márcio Gil Tostes dos Santos. (Org.). *Constituição Brasileira de 1988- Reflexões em Comemoração ao seu 25o Aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71-92.

8 Vide voto do Ministro Barroso no 632.240.

Por outras palavras, a questão da necessidade, ou não, de o autor, previamente ao ajuizamento de uma ação previdenciária, comprovar que compareceu às agências do INSS para protocolizar um pedido de obtenção de benefício e, posteriormente, tal pedido lhe foi negado pela autarquia, ou não lhe foi respondido em tempo hábil, redunda em saber se, não havendo o prévio requerimento, poderá o Judiciário prolatar uma decisão que concretiza o direito social previdenciário em questão (para efeitos deste estudo, poderíamos desde logo perguntar: postura substancialista ou ativismo?) ou deverá apenas observar se os procedimentos legais previstos para a fruição de tal direito foram observados, tanto no ato administrativo impugnado, como em sua impugnação judicial (procedimentalismo), o que redundaria em extinção da ação, sem análise do mérito e, pois, na não realização do direito.

As discussões envolvendo o assunto da judicialização traduzem uma discussão mais ampla que se trava acerca do papel do Judiciário no moderno Estado (Democrático)⁹ de Direito. Seria o poder Judiciário:

- 1) controlador de procedimentos democraticamente previstos para a produção de direitos (procedimentalismo),
- 2) realizador material de direitos – dentro das balizas legais e constitucionais - (substancialismo) ou
- 3) novo protagonista político da produção (atentar para o “político” e para o “produção”) de direitos (ativismo)?

A decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 631.240, que cuidou da questão acerca da necessidade do prévio requerimento administrativo nas ações previdenciárias, aparentemente adotou uma das três posições (ou de maneira preponderante, uma delas).

Neste texto, dividimos a análise em 5 eixos de exposição, ordenados com propósitos pedagógicos e de coesão.

Primeiramente, iremos contextualizar a origem próxima do fenômeno da judicialização do Brasil, procurando relacioná-lo diretamente

9 Colocamos o vocábulo “democrático” entre parênteses, porque só poderá ser utilizado para qualificar a construção teórica institucional de “Estado de Direito” quando, ao cabo desse artigo, pudermos divisar um papel para o Judiciário que se coadune com a acepção forte da palavra – democracia enquanto realização de direitos conforme balizas constitucionais.

com a discussão previdenciária do prévio requerimento administrativo, em regime de repercussão geral no RE RE 631.240 (eixo de exposição 1).

Na sequência, a judicialização da política e das relações sociais, que implicam uma nova relação (ou uma releitura da relação) entre a Política e o Direito, será abordada em duas (ou três¹⁰) vertentes teóricas, que se caracterizam por diferentes posturas do Judiciário defronte à análise de cumprimento dos direitos fundamentais: uma postura procedimental (eixo de exposição 2), uma realizadora (eixo de exposição 3) e uma protagonista política (eixo de exposição 4).

Após assoalhas as vertentes teóricas que analisam a nova postura do Direito diante da Política, intentaremos uma filtragem da decisão paradigma (estudo de caso) trazida à baila no presente artigo, prolatada pelo STF (RE 631.240), a fim de nela identificar a preferência por uma das 3 correntes (eixo de exposição 5).

Finalmente, mister que apresentemos uma conclusão que ensanche uma análise crítica da postura que o Estado (Democrático) de Direito, conformado na Constituição Política Brasileira, deve exigir dos Poderes da República, máxime do Judiciário.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA GÊNESE PRÓXIMA DA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

Assevera VIANNA¹¹ que, malgrado o “partido de mercado” (alusão ao partido de viés neoliberal) tenha sido vitorioso nas eleições de 1989, tal vitória não implicou grandes mudanças no cenário político. Isso se dá porque, com a morte de Tancredo Neves, e a posse do vice, José Sarney, os militares que cancelaram a assunção do cargo não se desvincularam do comando político brasileiro, inclusive mantendo cargos de alto-escalão. Neste diapasão, a vitória dos liberais não implicou uma mudança drástica na instituição do regime político no Brasil.

Além disso, como afirma VIANNA, o Executivo reformador não tinha um parlamento que apoiasse suas propostas. Esse dissenso político provocou um uso excessivo das medidas provisórias, instrumentos legiferantes esses que originalmente destinavam-se a situações de necessidade e urgência.

10 Neste ponto em específico, lança-se a seguinte questão: Seria o ativismo uma verdadeira vertente teórica ou um desvirtuamento do substancialismo?

11 WERNECK VIANNA, op. cit, 1999.

Os anos 90 confirmaram a supremacia dos chamados “neoliberais”, que só seriam superados anos mais tarde, com a vitória dos partidos de “raiz operária”¹².

Antes disso, ainda sob a influência do neoliberalismo, a noção de público foi perdendo espaço para a de privado. A nação deu lugar ao indivíduo. Cresceu o uso das medidas provisórias como instrumento de regulação da sociedade, notadamente no âmbito de matérias de natureza econômica¹³.

A necessidade de dar continuidade a estas disposições gera nos governos atuais, especialmente nos que já não contam com o instrumento das medidas provisórias, em sua versão imperial de reedição ilimitada, a característica de presidencialismo de coalizão¹⁴, provocando a união mais improvável de partidos, em “uma cooperação do Executivo com os partidos majoritários representados nos ministérios”¹⁵.

As medidas provisórias são resultado de uma relação política, promíscua e simbiótica, entre Executivo e Legislativo, que negociam com suas competências. O Parlamento, pressionado pelos governos estaduais, utiliza seu poder de dar continuidade às medidas do Executivo como moeda de troca com o governo federal. Percebe-se claramente o fenômeno político denunciado (presidencialismo de coalizão¹⁶) pela aprovação massiva das matérias propostas pelo Executivo no Congresso Nacional em um curto espaço de tempo¹⁷.

12 Os vocábulos “Neoliberais” e “raiz operária” foram colocados entre aspas por traduzir a exposição de VIANNA, e não uma realidade política dicotômica e verificável empiricamente, notadamente porque hodiernamente, nos anos 2010 e seguintes (ou mesmo antes, no primeiro governo Lula), o chamado partido de “raiz popular” vem implementando políticas de privatização, corte de gastos com terceirização de serviços, capitalização de recursos para câmbio flutuante e pagamento de encargos da dívida e corte de benefícios sociais, dentre outras políticas, o que denota um indistigável viés neoliberal.

13 De se consignar que, no mesmo período, também o Legislativo realizou uma super-produção de diplomas legais específicos para os vários assuntos a ele submetidos, o que, aliado ao “decretismo” do Executivo, impulsionou ainda mais o fenômeno típico dos Estados Sociais: a inflação legislativa.

14 WERNECK VIANNA, op. cit., p. 50.

15 Ibidem, p. 50.

16 Termo cunhado por Sérgio Abranches para descrever a fórmula política observado no Brasil para compor maiorias parlamentares aptas a viabilizar a ação do governo, com a aprovação de sua agenda no congresso nacional. Trata-se, em suma, de uma fórmula que explica o modo se estabiliza, num contexto de dispersão partidária, as condições de “governabilidade”. Cf. Abranches, Sérgio, H. H. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. In: *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5 a 34, 1988.

17 Ao mesmo tempo em que a concentração de poder na União retira dos estados o poder de autonomia em afronta ao pacto federativo exigindo que os estados sirvam de base de apoio do governo federal.

O uso desmedido das medidas provisórias provoca a corrosão das formas de controle parlamentar do Executivo, cabendo ao Judiciário controlá-lo sozinho. Sobreleva anotar que, na hipótese de uma “coalizão” entre os poderes Executivo e Legislativo, que redundaria na inevitável elaboração descontrolada de legislações em conformidade com o interesse do Executivo da União, a competência fiscal do Judiciário agiganta-se, convolvando-se verdadeiramente em tarefa Hercúlea. Dessarte, recai sobre o Judiciário a responsabilidade do conhecido checks and balances. Mais recentemente, em matéria previdenciária, assistimos a concretização da teorização acima aludida, com a coalizão entre os Poderes Executivo e Legislativo, para aprovação das medidas provisórias 664 e 665¹⁸, de 2014, que aprovaram medidas “impopulares”, porém reputadas necessárias à manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário. As consequências judiciais da convalidação em Lei de tais medidas provisórias ainda hão de ser verificadas.

Com a finalidade de “compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula brasileira de presidencialismo de coalizão”¹⁹, o Judiciário acaba por trazer para si o eixo da política, judicializá-la. Nas exatas palavras de VIANNA:

O Tribunal começa a migrar, silenciosamente, de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, de acordo com os cânones clássicos do republicanismo jacobino, para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana²⁰.

Já assinalamos alhures²¹ que a judicialização pode ser explicada a partir da confluência de fatores jurídicos e sociológicos que acabam por deslocar para o judiciário uma agenda decisória que pertence, tipicamente, ao Executivo ou ao Legislativo.

A primeira conjuntura identificável é o fenômeno da inflação legislativa. As democracias de massas, conformadas por gigantescas estruturas de Estado Social e atreladas às modernas sociedades complexas, pedem por uma ordenação mais capilar da vida social, o que redundaria na espécie

18 Tais medidas alteraram a concessão dos benefícios de pensão por morte, auxílio-doença e seguro-desemprego.

19 WERNECK VIANNA, op. cit., p. 51.

20 Ibidem, p. 53.

21 TASSINARI, Clarissa; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Judicialização da Política e Ativismo Judicial*. Notas para uma necessária diferenciação. Texto Inédito.

conjuntural ora analisada.²² Em nosso campo de estudo, é bem de se notar a inflação legislativa em matéria previdenciária, com inúmeras e sucessivas alterações, tanto por via embrionária parlamentar, quanto por via de medidas provisórias, introduzidas na lei 8.212/91 e 8.213/91, além de mudanças nos decretos regulatórios (3.048/99) e em instruções normativas do INSS (IN 45 que substituiu a 20). As mudanças acarretadas pela inflação legislativa previdenciária contemplam alterações substanciais no cômputo do valor dos benefícios (art. 29, II, lei 8.213/91, com alterações pela Lei 9.876/99), períodos de carência (art. 25, II, Lei 8.213/91, com alterações dadas pela lei 8.870/94), conceito de segurados da previdência (art. 11, Lei 8213/91, com quase todos os incisos modificados pelas Leis 8.647/93, 9.032/95, 9.506/97, 9.876/99, 11.718/2008 e 12.873/2013), dentre outras mudanças.

Outra conjuntura a ser anotada é o dirigismo constitucional e a consolidação da ideia de força normativa da Constituição, com a conseqüente regra de vinculação dos direitos fundamentais a todos os poderes constituídos, inclusive o legislativo.²³

Nessa medida, os múltiplos direitos positivos assentados nas modernas Constituições, tidas como instrumentos jurídicos normativos, e que, pois, impõe ao Estado sua concretização através de um proceder positivo, ocasiona a fenomenologia em apreço. Veja-se que os direitos da seguridade social, na especificidade dos direitos previdenciários, impõem ao Estado um séquito infindável de direitos prestacionais, que contemplam exemplificativamente: 1) o pagamento mensal de benefícios (aposentadorias e pensões); 2) reajustamento anual dos mesmos; 3) serviços técnicos como realização de perícias, reabilitação profissional, palestras e visitas assistenciais; 4) serviços burocráticos como fiscalizações de vínculos previdenciários (através de denúncias na ouvidoria), processamento de pedidos de obtenção de benefícios, recursos administrativos e revisões de benefícios, manutenção de extensa rede de agências, postos, sistema recursal com 4 instâncias (revisão pela Agência, recurso às Juntas, recurso

22 Nesse sentido, Cf. GARCIA HERRERA, Miguel Angel. Poder Judicial y Estado social: Legalidad y Resistencia Constitucional. In: *Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción*. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Trotta, 1996, p. 72 e segs. Garcia Herrera afirma ainda que: “la complejidad social y la proliferación de nuevas situaciones y necesidades provocan la obsolescencia de las técnicas jurídicas clásicas y el progresivo avance de la indeterminación y deslizamiento de la decisión. La renuncia a la definición es acompañada por el reconocimiento de la voluntad conformadora de las instancias administrativas, desarrollada en un marco de enunciados generales, principios y cláusulas generales”.

23 Sobre essa questão, sugerimos a consulta, entre outros, do texto de QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 364-368.

às Câmaras e recurso hierárquico ao ministro da pasta); e 5) representação judicial do Estado em inúmeras demandas²⁴.

Outrossim, razões sociais como o aumento da litigiosidade, desprestígio dos agentes públicos, consagração de um discurso de eficácia dos direitos fundamentais e processo de transformação na semântica política, nela introduzindo vocábulos como imparcialidade, processo, transparência, contraditório e argumentação, propiciam terreno fértil para o desenvolvimento da judicialização. Nesse aspecto, é de suma importância desvelar um imaginário efetivamente presente nos segurados e, posteriormente, jurisdicionados, nos litígios e, posteriormente, lides, por incapacidade (auxílio-doença e invalidez), de que na “Justiça” seus direitos serão discutidos de maneira “mais apropriada”, posto que imparcial, vez que os peritos do “INPS” são tendenciosos e orientados a denegar benefícios²⁵. Tal afirmação já traduz bem o processo de transformação na semântica política.

1.1 Judicialização e Discussão do Papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito

A questão acerca do papel do Direito e do Judiciário no Estado Democrático de Direito assume que o Poder Judiciário integra a arena política de construção e salvaguarda da Democracia e que a Constituição assume protagonismo no Estado Democrático de Direito, enquanto previsão e realização de seus desideratos. Tais assunções nos remetem inexoravelmente à outra questão que contempla a redefinição, o redesenho, da relação entre a Política e o Direito, materializada em uma discussão de hermenêutica jurídica²⁶, voltada para o tipo de atividade que a jurisdição realiza quando interpreta as disposições constitucionais atinentes a direitos fundamentais, notadamente direitos individuais sociais à previdência social.

24 CNJ, em 2011, em seu relatório “A justiça em números”, estima que há 96.000.000 de ações no Brasil, das quais, quase a metade são previdenciárias. Ver CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>.

25 Nesse sentido, Cf. GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas*. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 41. Apenas para ilustrar a questão, sem propósitos de análise do mérito do artigo em si, , merecendo especial atenção ao termo “indústria de indeferimento”. Consultar: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12920.

26 Sobre essa questão Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Dois aportes teóricos digladiam-se pela preferência dos operadores do Direito: o procedimentalismo e o substancialismo. Uma terceira posição, tida como desvirtuamento institucional do Judiciário (exacerbação do substancialismo ou desvirtuamento do mesmo), também será abordada, a saber, o ativismo. A eles, pois:

2 UM JUDICIÁRIO PROCEDIMENTALISTA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

O apanágio de um Judiciário procedimentalista é não lhe reconhecer um papel concretizador de direitos, reservando-lhe, apenas, um papel de “controle das regras do jogo democrático”²⁷.

Jürgen HABERMAS,²⁸ tido como o principal expoente do procedimentalismo, critica a invasão da política e da sociedade pelo Direito²⁹, na medida em tal invasão desestimula o agir orientado para fins cívicos.

O mecanismo que engendra a invasão da Política pelo Direito é, como se depreende das lições de WERNECK VIANNA³⁰, o controle de constitucionalidade das leis e das políticas públicas como um todo.

Em virtude da dimensão do controle Judiciário de constitucionalidade, propõe HABERMAS que o Tribunal Constitucional deva ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitado a proteger um processo de criação democrática do Direito. Na mesma esteira, não deve o Tribunal Constitucional se convolar em um guardião de uma suposta “ordem suprapositiva de valores substanciais” ou “se arrogar em legislador político”³¹. Nesse diapasão, a longa histórica jurídica brasileira de sacralização do “mérito” do ato administrativo, que seria intangível ao vazo do Poder Judiciário, parece traduzir bem a visão procedimentalista.

Na especial percepção de nosso estudo, ao Direito, através da Corte constitucional, caberia apenas verificar se ao segurado foi franqueado, na seara administrativa, um processo de dedução, defesa, análise e decisão de

27 STREK, op. cit., p. 52.

28 HABERMAS. *Direito e Democracia - entre faticidade e validade*. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 297.

29 *Ibidem*, p. 297 e seguintes do v. I e 123 e seguintes do v. II.

30 VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2014. Vide Parte I.

31 STREK, op. cit., p. 56.

seu interesse (obtenção de pensão, aposentadoria ou revisão dos mesmos), em consonância com os ditames procedimentais constitucionais, ampla defesa, contraditório e devido processo, esse último materializado e densificado por legislações infraconstitucionais.

Se a decisão administrativa (respeitosa aos procedimentos de produção do direito) foi pelo indeferimento do pleito do segurado, não caberia ao Judiciário reanalisar a decisão sob o prisma do mérito³², determinando-se a reconstrução de todo um cenário probatório, com perícias, testemunhas e documentos, para, ao final, substituir a decisão administrativa por uma sentença.

A função preconizada por HABERMAS ao Direito é assegurar as condições necessárias (condições essas materializadas nos procedimentos), a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, por meio de práticas jurídicas de autodeterminação, interpretam e concretizam os ideais inscritos na Constituição e, com isso, pretende ultrapassar a dicotomia entre os paradigmas do Estado Liberal Burguês e do Estado Social; nessa tarefa, utilizar-se-ia da interpretação da política e do Direito à luz da teoria do discurso³³.

Veja-se que, na linha de HABERMAS, seria preferível que, ao invés de acionar sistematicamente o Judiciário, no caso de discussão de benefícios previdenciários, o segurado intentasse um discurso de convencimento diante da própria autarquia previdenciária, provocando uma reanálise de seu pedido com espede em provas capazes de convencer o INSS de seu direito – a autarquia participaria ao segurado as provas que compõe os elementos legais e regulamentares de sua convicção (carta de exigências) e o segurado traria as peculiaridades de sua situação traduzidas nessas provas.

32 Tal análise de conteúdo, de substância, de reconhecimento ou não do direito previdenciário, foi feita pelo Executivo, através de sua longa manus autárquica.

33 Uma teoria atinente à filosofia jurídica, que objetiva a promoção da integração social e, como consequência, da democracia e da cidadania, através da obtenção de um consentimento de todos os interessados. Sua maior relevância está em apreço ao fim da arbitrariedade e da coerção nas questões que circundam toda a comunidade, propondo uma maneira de haver uma participação mais ativa e igualitária de todos os cidadãos nos litígios que os envolvem e, concomitantemente, obter a tão almejada justiça. Essa forma defendida por Habermas é o agir comunicativo que se ramifica na ação comunicativa e no discurso. Na ação comunicativa há apenas a presença das pretensões de validade não-problematizadas inerentes aos atos de fala; de outro lado, no discurso há pretensões de validade tornadas problemáticas e que podem ser dirimidas através de um consenso com fulcro na argumentação. Veja-se ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. 352 p.

Em apoplexia à corrente concorrente, GARAPON, magistrado e jusfilósofo francês, aliando sua experiência profissional a suas pesquisas sociológicas, vê no substancialismo um enfraquecimento da democracia representativa³⁴, eis que os cidadãos, ao invés de exercerem sua cidadania diretamente, procurando defender a realização material dos direitos que lhe assistem diretamente no órgão competente, procurarão o intermédio do Judiciário, criando uma cidadania de segunda categoria, sempre mediada.

Se o segurado vislumbra arbitrariedade nas práticas autárquicas de análise de concessão de benefícios, deveria, ao invés de submeter sua cidadania ao intermédio do Judiciário, tentar construir um consenso com o INSS, servindo-se de ampla gama de recursos e possibilidades de prova (procedimentos de construção do direito).

Ainda no intuito de transposição dos escólios procedimentalistas acima para o Direito Previdenciário, cumpre ressaltar, primeiramente, que o objeto das ações previdenciárias não é “a concessão de um benefício”, mas a anulação de um ato administrativo de indeferimento de pedido de concessão de benefício previdenciário, isso é, a invalidação de um ato em desconformidade com a lei, pois só assim se verifica uma lesão a direito³⁵. Isso se dá porque a competência constitucional e, pois, democrática, para manter e conceder benefícios previdenciários, como de resto executar a política pública previdenciária, é do Poder Executivo.

Com efeito, “as regras do jogo” de produção e reconhecimento de direitos previdenciários, que traduzem o devido processo constitucional, estão cristalizadas na lei 8.213/91 (lei de benefícios da Previdência Social), na lei 9.784/99 (lei de processo administrativo no âmbito da administração pública federal) e no próprio Código de Processo Civil. Posto que tais regras estão

34 GARAPON. Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARAPON registra sua hipótese de que a explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social. Nesse contexto, a colonização do mundo pelo direito se apresentaria como um sintoma do esvaziamento dos ideais e práticas republicanas, levando o indivíduo de nossas sociedades a procurar no Judiciário um último refúgio, à míngua de corpos sociais intermediários como partidos, vida associativa e familiar. A reversão desse quadro dependeria de uma ciência política, tal como em Tocqueville, que viesse a reanimar as virtudes cívicas e a cooperação social, e nesse momento GARAPON admite uma nova presença do direito nas sociedades atuais: não como substituta da república, e sim como um lugar inscrito nos caminhos da democracia da deliberação, caso seus personagens se orientem, como preconiza Garapon, pela motivação de exercer uma “pedagogia em favor de uma cidadania ativa e de renascimento do ethos republicano”.

35 “Direito” esse que na visão procedimentalista possibilitaria ao Judiciário apenas o analisar como um direito a “regras do jogo” para a produção de direitos previdenciários que são prévias à postulação do segurado e estão em consonância com a constituição.

em consonância com a Constituição da República, devem reger as situações da vida social e da política (de seguridade social), cabendo ao Judiciário tão somente aferir sua efetiva aplicação nos casos que lhe são apresentados.

Vejamos um caso prático, em que o segurado postulou um auxílio-doença ao INSS, e tal pedido foi protocolado, registrado e processado, sendo designada e realizada perícia médica, com a possibilidade de acompanhamento do segurado por médico de sua confiança, no que se assoma a possibilidade de juntar atestados, exames e receituários médicos, mas, mesmo assim, o pedido foi indeferido. O segurado judicializa a questão. O que poderia embasar, sob a ótica processualista, sua demanda? Qual a lesão à direito? A resposta seria a de que não há embasamento, pois o “direito” do segurado a ser analisado judicialmente é entendido sob uma ótica adjetiva, como direito a regras do jogo previamente acertadas e produzidas em consonância com a Constituição. Isso lhe foi garantido pela autarquia e cogitar de uma ação nesse sentido seria convolar o Judiciário, ilegitimamente, em uma instância recursal do INSS.

Isso posto, sem um ato administrativo (formalmente) inválido a ser impugnado judicialmente, ou seja, sem uma suposta lesão às “regras do jogo democrático” para fruição de um dado direito previdenciário, proclamaria o procedimentalismo não haver supedâneo fático e jurídico a uma ação judicial (carência da ação por falta de interesse processual).

No caso específico da (des)necessidade do prévio requerimento administrativo, uma abordagem procedimentalista concluiria que uma ação previdenciária que é deduzida sem a prévia provocação administrativa é inidônea a ensejar a invasão da Política pelo Direito, eis que o próprio segurado/jurisdicionado não obedeceu as regras do jogo para a construção do direito social previdenciário colimado, o que redundaria, nas regras processuais pátrias, na já aludida extinção da ação³⁶, sem análise do mérito, por não preenchimento das condições da ação³⁷, regras constitucionalmente construídas para orientar a produção do direito de ação.

Em arremate, adiantando um pouco a discussão, se o RE 631.240 tivesse se filiado à corrente procedimentalista, deveria, em boa técnica processual, ter

36 Vide Resp 1.310.042, de 15/02/2012.

37 Veja-se que o próprio STF já decidiu que as condições da ação são constitucionais, vide RE 145023/RJ e RE 143580/SP, de sorte que cumpre ao segurado, previamente ao ajuizamento da ação, comprovar que ele observa as regras do jogo para o exercício de seu direito de ação, o que, depois, lhe possibilitará tentar comprovar que a autarquia previdenciária não o fez. Na mesma linha o Bundesverfassungsgericht, BverfGE, 27, 96, 104 e 220.

cassado (cassado, por ilegais) todas as decisões anteriores que reconheceram aos segurados os direitos previdenciários sem o prévio requerimento, determinando a extinção dos processos, sem análise de mérito, por falta de condição da ação (art. 267, VI, CPC). Todavia, assim não procedeu.

3 UM JUDICIÁRIO SUBSTANCIALISTA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

O substancialismo reconhece o papel concretizador de direitos da Jurisdição e vêem o Judiciário como um lugar privilegiado para o fortalecimento institucional das democracias. O Judiciário pode/deve, então, reconhecer a existência de um direito material, propiciando, através do acesso à Justiça, o acesso aos direitos sociais previstos na Carta Política.

A Constituição é uma construção discursiva de aporte de limites materiais (substanciais) ao direito e à política, estabelecendo, pois, as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto que a constituição é a explicitação do contrato social³⁸. É o constitucionalismo dirigente³⁹ de Canotilho⁴⁰.

Dessarte, o eixo substancialista apregoa que o aporte constitucional substancial ao Direito conduz o Judiciário à realização do direito material que lhe é submetido, através de seu reconhecimento (mais adiante veremos as críticas a um simples reconhecimento formal). Se o Judiciário se cingir a analisar apenas “regras do jogo”, desobedecerá seu compromisso constitucional, nas lides pátrias, de proteger o cidadão contra lesão ou ameaça à direito (art. 5º, XXXV, CRFB). O dirigismo constitucional orienta o Estado à realização (máxima) efetiva dos direitos sociais, à luz da proeminência do discurso de máxima efetividade dos direitos fundamentais, o que não se coaduna com mera análise procedimental.

No especial contexto dos direitos sociais previdenciários, caberia ao Judiciário não apenas uma análise formal, adjetiva, das regras do jogo: além de

38 Lênio Streck trabalha o contrato social a partir de uma perspectiva intersubjetivista, própria do paradigma hermenêutico, em oposição a uma filosofia do sujeito. O homem está inserido em um mundo complexo de significações traduzidos pela linguagem. Quando se afirma que a Constituição é a explicitação do contrato social, quer-se dizer que a mesma é produto de um processo constituinte discursivo - linguagem é o construto dos limites do mundo jurídico-social - STREK, op. cit., p. 57.

39 O ideal de um constitucionalismo dirigente consiste numa construção interpretativa que defende a superação da noção da existência de normas meramente programáticas no texto constitucional, tendo como apanágio o redimensionamento das normas constitucionais, com a assunção da importância dos princípios e da materialidade das mesmas.

40 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 2001.

analisar se o cidadão desfrutou, nas lides administrativas autárquicas, de todas as garantias legais oferecidas à dedução, defesa, análise e julgamento de seu interesse (obtenção ou revisão de benefícios previdenciários ou assistenciais) – isto é, se seu pedido foi devida e corretamente protocolizado, se lhe foram franqueadas ampla juntada de documentos, oitiva de testemunhas (justificação administrativa), realização de periciais (médica e de segurança do trabalho) e se a decisão de indeferimento foi motivada, e apresentada em tempo hábil – poderia/deveria o Judiciário, no desiderato pré-compromissário constitucional, refazer provas e perquirir todos os elementos de convicção da decisão administrativa, desfazendo-a e substituindo-a, se for o caso, por uma sentença que reconheça o direito indevidamente negado na seara intestina do INSS. Dessa maneira, a substitutividade da Jurisdição alcança ao próprio Estado, que verá um ato administrativo sindicado na essência, na substância, se necessário for para a realização de um direito.

As teorias substancialistas criticam os fundamentos das teorias procedimentalistas (valores adjetivos ou procedimentais), na medida em que o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos, ou seja, cabe indagar o porquê da existência de tais procedimentos, o que teria resposta na existência mesma de valores substantivos a serem protegidos. Além disso, ao afirmarem que o procedimento é algo em si mesmo valioso, os procedimentalistas acabam por confirmar que a Constituição é substantiva – a mera existência de cláusulas pétreas⁴¹, por exemplo, é a afirmação do procedimento como valor substantivo.

Criticam os substancialistas que as teorias procedimentalistas que entendem a Constituição apenas como um procedimento, ou guardião de procedimentos, provocam um empobrecimento da teoria constitucional, notadamente no caso da defesa das minorias, sem representação política nos órgãos políticos estatais. Uma legislação que discrimina qualquer grupo de pessoas será rechaçada com espede em uma análise substantiva, a saber, a de que a ideia discriminatória está “substantivamente” deslocada da Constituição – tal análise não poderia ser feita sob uma perspectiva puramente procedimental.

Na esteira do exposto, situando o problema na esfera do direito previdenciário, teríamos que o procedimentalismo geraria um déficit de direitos fundamentais para os idosos (minorias previdenciária mais notável) que, sem um reforço argumentativo de afirmação de direitos fundamentais à previdência social, poderiam ficar à margem da proteção estatal.

41 Art. 60, §4º, CRFB/88.

Volviendo nossa atenção ao caso do prévio requerimento administrativo, cumpre asseverar que a tese de (des)necessidade de prévio requerimento administrativo é essencialmente principiológica e axiológica, calcando-se no compromisso constitucional encartado no art. 5º, XXXV, CRFB/88, que confere a todos os sujeitos de direito, pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, a garantia de apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito ou até mesmo a expectativa de direito e consagra o princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário e o Direito de Ação.

Após a provocação do Estado-Juiz, ficam os órgãos oficiais adstritos ao dever de oferecer a prestação jurisdicional.

Sob um viés substancialista, o mérito, a essência, a substância do ato administrativo denegatório de um benefício previdenciário poderia ser objeto de análise judicial, inclusive com reconstrução e releitura conclusiva das provas da convicção administrativa da autarquia previdenciária; todavia, isso não autorizaria entender o prévio ingresso administrativo (ou as condições da ação) como óbice à proteção estatal.

O procedimento de postulação de direitos na autarquia previdenciária, plasmado nas leis 8.213/91 e 9.784/99 (e no próprio CPC, também), foi gizado em perfeita consonância formal (na normogênese) e substancial (de valores) com a Constituição da República, o que denota, a um só tempo, o compasso axiológico e adjetivo dessas leis com a gama de princípios que orienta o Estado Democrático⁴² de Direito. Nessa esteira, repisando os escólios de LÊNIO STRECK, tais leis são democráticas e, pois, devem ser seguidas e “cumprir a letra da lei é um avanço considerável”⁴³.

Isso posto, um substancialismo deve ser pensado nos limites da constituição e das leis que lhe imprimem maior densidade normativa, sob pena de subversão do Estado Democrático de Direito. Em um substancialismo democrático e legal, a relação entre Direito e Política é disciplinada pela Constituição. Isso posto, o papel concretizador de direitos fundamentais do Judiciário (nele incluídos os previdenciários), se não pode ser negligenciado⁴⁴, deve ser lido à luz de uma disposição constitucional de primeiro cometer a realização de tais direitos ao Executivo.

42 Democrático, dessa vez, sem os parênteses, pois uma ação substancialista em consonância com as balizas constitucionais se nos apresenta como democrático.

43 STRECK, op. cit., p. 49.

44 Estamos certos de que o déficit de direitos sociais que se verifica nos países de “modernidade tardia” ou de “capitalismo periférico”, em afronta aos pré-compromissos constitucionais travados em uma Carta Política que se apresenta como normativamente vinculante do Direito e da Política, não recomenda uma

O que queremos asseverar é que a posição substancialista não autoriza a defesa de ativismos judiciais, a pretexto de concretizar direitos fundamentais. Repisamos: a concretização de direitos fundamentais só se apresenta como “concretização”, ou concretização legítima, na medida em que se encontra adequada à Constituição, procedimental e substancialmente, não podendo ser fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais.

Dessa sorte, o substantivismo judicial (reconhecimento e confecção de condições de efetiva fruição de direitos realizados por intermédio pelo Judiciário) só estaria autorizado quando as instâncias políticas tradicionais, o Executivo e o Legislativo, falharem em realizar os compromissos constitucionais⁴⁵. O Judiciário, pois, em uma perspectiva democrática, deve ser um fiador dos demais Poderes da República.

Isso posto, nem procedimentalismo, nem substancialismo, autorizariam um entendimento acerca da desnecessidade de prévio requerimento administrativo, enquanto condição da ação que consubstancia o interesse processual.

3.1 Origem da Doutrina da Desnecessidade do Prévio Requerimento Administrativo

Poder-se-ia cogitar de substancialismo e, também de procedimentalismo, e aceitar a provocação direta do Judiciário sem o prévio requerimento administrativo na autarquia *se, e somente se*, a mesma se negasse a protocolar e processar o pedido do segurado, vez que, nesse caso, se veria um duplo descompasso da posição do INSS com o pacto constitucional: um procedimental, ao não respeitar as regras do jogo democrático para dedução, comprovação, análise e julgamento (produção) de um direito na lide administrativa, e um substancial, ao negar o direito social previdenciário em si a quem dele poderia fazer jus, se não fosse pela recusa indevida do protocolo.

É de se registrar que a farta jurisprudência que ampara a desnecessidade do prévio requerimento administrativo e que culminou

postura meramente procedimentalista do Direito; todavia, ao se cogitar de um papel concretizador do mesmo (substancialismo), deve-se ter em mente que tal papel deve ser exercido nos estritos limites das balizas constitucionais vinculantes, pois não se pode conceber a realização de qualquer direito à margem de sua fonte primária de legitimidade, a Constituição.

45 REsp 1.105.773/RS, de 06/10/2009.

na atual orientação do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶, foi construída em uma conjuntura, há algum tempo superada, em que o INSS realmente não fazia o protocolo de todos os pedidos administrativos⁴⁷, caso verificasse que o segurado sequer possuía um mínimo de documentos.

Hodiernamente, é bem de se ver que a autarquia previdenciária, mesmo por força de minuciosas orientações internas⁴⁸, não se recusa a fazer protocolos de quaisquer pedidos, mesmo daqueles sem amparo documental, para isso sendo expedidas cartas de exigências.

Assim sendo, dadas as novas conjunturas institucionais do INSS, com proibição de se negar protocolos, ampliação do quadro de servidores e interiorização de agência e postos de atendimento, concluímos que a manutenção, pelo Judiciário, de um entendimento pela desnecessidade de prévio requerimento não se filia à corrente substancialista e, muito menos, à procedimentalista.

A constatação acima, com efeito, precipita uma nova questão: tal prática judiciária de se reconhecer a desnecessidade de prévio requerimento administrativo, mesmo à luz da nova posição institucional do INSS, caracteriza-se como democrática?

4 NA PRÁTICA, UM ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA?

Judicialização das políticas públicas, notadamente em seu eixo substancialista, e ativismo judicial são fenômenos distintos.

O ativismo relaciona-se embrionariamente com um ato de vontade do órgão julgante, enquanto a judicialização da política e da vida social não dependem de ato volitivo do julgador, sendo decorrência da expansão da sociedade e crise da democracia, com sintomas visíveis na inflação legislativa.

A judicialização é um fenômeno político, enquanto o ativismo é uma questão interpretativa.

A judicialização legitima o Poder Judiciário perante a sociedade, enquanto o ativismo o deslegitima, na medida em que compromete

46 Resp 1.129.201, de 02/02/2010.

47 Vide novamente REsp 1.105.773/RS, de 06/10/2009.

48 IN 45 de 2010, especialmente artigos 572 e 576.

sobrevivência democrática das instituições, com a indevida invasão das esferas políticas tradicionais, Legislativo e Executivo, pelo Judiciário.

“O ativismo começa quando, entre várias situações possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”⁴⁹ é a conceituação de GARAPON a respeito do ativismo.

Assim sendo, a ideia de ativismo relaciona-se embrionariamente à noção de desejo do órgão judiciário. O ativismo está relacionado com a vontade do órgão judicante, vontade essa manifestada durante um exercício exegético em que tal vontade é determinante para a escolha de uma solução legal pelo juiz; lado outro, vê-se que a judicialização em nada se relaciona com o aspecto volitivo, sendo um fenômeno social, verdadeira conjuntura construída à revelia do juiz, de caráter contingencial, que se exacerba ou se apequena diante do contexto de legitimação do Poder Político.

LENIO STREK preleciona que o ativismo judicial é um problema da vontade do intérprete⁵⁰, no momento de concreção da norma.

Isso posto, na ordem de análise do “fenômeno” do ativismo no direito previdenciário, especificamente na análise da (des)necessidade de prévio requerimento administrativo, deparamo-nos com ostensivo ato de vontade do julgador. Senão, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO PLEITEANDO A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.

I. A ausência de prévio pedido administrativo não implica carência da ação, por falta de interesse de agir, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

II. Conforme as palavras do Ilustre Ministro Edson Vidigal, “*não seria justo impor ao segurado a obrigação de dirigir-se ao estado-administrador; sabidamente pródigo no indeferimento dos pedidos que lhes são encaminhados,*

49 GARAPON, op. cit., p. 54.

50 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

apenas como uma exigência formal para ver sua pretensão apreciada pelo Estado-Juiz”.

III. Deve ser mantida a r. decisão agravada, que determinou o retorno dos autos à Vara de origem para que seja dado regular prosseguimento ao feito.

IV. Agravado a que se nega provimento.”[13] (sem destaques no original).⁵¹ (realçamos)

Sobreleva anotar a dicção da fundamentação do aresto que, fazendo alusão a argumento de autoridade de Ministro, e não à autoridade do argumento⁵², deduz que “não seria justo impor ao segurado a obrigação de dirigir-se ao estado-administrador, sabidamente pródigo no indeferimento dos pedidos que lhes são encaminhados, apenas como uma exigência formal para ver sua pretensão apreciada pelo Estado-Juiz”: ou seja, dentre as possibilidades interpretativas possíveis para a situação da exigência do prévio requerimento, preferiu o julgador entendê-la não como uma regra processual, democraticamente confeccionada, que busca disciplinar o acesso ao direito de ação (procedimentalismo), ou como regra democrática e constitucionalmente balizada à disciplina da concreção (substancial) do direito social previdenciário (substancialismo), mas sim como uma injusta obrigação imposta ao cidadão por um Estado “pródigo no indeferimento” de benefícios previdenciários.

A um só tempo o julgador emitiu vários juízos exegéticos, imiscuídos de ideologia e idiosincrasias: 1) toma as condições da ação como meras formalidades; 2) toma o Executivo como um sistemático negador de direitos e 3) entende que justa é a provocação direta do Judiciário, que seria um locus mais qualificado à discussão do direito. Tal postura e interpretação particularista dos órgãos judiciários quanto a desnecessidade do prévio requerimento, granjearam muitos adeptos⁵³.

Dessarte, o julgador pisoteia, a boca cheia, leis democraticamente votadas pela instância política legitimada, o Parlamento, arroga-se de

51 TRF da 3ª Região, AC 0019297-27.2012.4.03.9999/MS, Rel. Des. Federal Walter do Amaral, Décima Turma, DJF3 Judicial 1 de 10/10/2012.

52 DEMO, Pedro. *Argumento de Autoridade e Autoridade do Argumento - Interfaces da cidadania e da epistemologia*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2005.

53 Por exemplo, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Belo Horizonte/MG consolidou o entendimento referente a desnecessidade do prévio ingresso administrativo, como se nota em trecho da ementa do acórdão do processo de nº 2005.38.00.003675-9: “Desnecessidade de prévio requerimento administrativo. Garantia constitucional ao livre acesso à justiça. Recurso provido. Sentença cassada.”

administrador de políticas públicas mais qualificado e competente que o Executivo e, ainda, ao manipular postulados axiológicos como justiça, reputa-se guardião de uma ordem suprapositiva de valores substanciais, valores esses por ele preenchidos.

Esse super-empoderamento do Judiciário é extremamente lesivo à democracia, eis que a definição conteudística dos dissensos políticos passam a ser conformadas no cenário restrito do poder Judiciário, confinando esta mesma democracia a uma casta de modernos tutores⁵⁴, os Juízes, com notória alienação dos cidadãos, relegados a uma cidadania de 2ª classe.

4.1 Reações ao Ativismo

O ativismo judicial, com suas consequências sobre a legitimação da atividade jurisdicional do Estado, houve por ressuscitar a proposta teórica de KELSEN, no sentido de se separar conhecimento e vontade.⁵⁵

As questões vinculadas a interesses, vontades ou finalidades, são consideradas por KELSEN como afetas à política judiciária, materializada na interpretação que os órgãos jurídicos imprimem ao direito – são atos voluntaristas dos operadores do direito.

Lado outro, a ciência do direito dedica-se ao conhecimento das normas jurídicas (e não a sua aplicação), sendo o conhecimento mediado por métodos lógicos e sistemáticos desenvolvidos no ambiente de sua teoria pura.

O direito não seria, pois, o que as autoridades judiciárias dizem, em sua voluntariedade, mas sim o que se pode deduzir a partir de uma rigorosa cadeia lógica do mundo normativo (veja-se “mundo normativo” e não mundo dos “textos de lei”).

Isso posto, as questões voluntaristas de política judiciária seriam, em substância e procedimento epistemológico, o ativismo propriamente dito, despido de qualquer rigor científico, na medida em que privado de uma cadeia de rigorosa dedução lógica.

54 DAHL, Robert A. *La democracia e sus criticos*. 1992 de todas las ediciones em castelano. Ediciones Paidós Ibérica, S/A, Marino Cubi, 92 – 08021 Barcelona e Editorial Paidós, SAICF Defensa, 599, Buenos Aires, capítulos 22 e 23.

55 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, em especial o capítulo VIII.

Na verdade, a relação política e direito é retratada por Kelsen com certo tom de pessimismo. A própria forma pejorativa pela qual o mestre austríaco faz referência ao âmbito da aplicação do direito (política judiciária) demonstra que todas as suas preocupações estavam voltadas para a construção de uma rigorosa ciência do direito e não com o oferecimento de uma teoria da interpretação que estabelecesse anteparos para a atividade judicante no momento de decidir os casos jurídicos.

Friedrich Müller, nesse sentido, também anota o problema da insuficiência do positivismo kelseniano no que tange a uma teoria da interpretação. Isto porque: “A redução do conceito de norma encontra-se na interpretação autêntica por parte dos órgãos aplicadores do direito. A norma como ordem não oferece mais do que um quadro para uma série de possibilidades decisórias logicamente equivalentes”⁵⁶. Se o ato preenche esse quadro em qualquer sentido logicamente possível, ele está em conformidade com o direito, sendo eliminada a pergunta pela correção de seu conteúdo. Desse modo, arremata Müller, “o que é reconhecido na hermenêutica moderna como coexistência, prenhe de tensões, de elementos cognitivos e volitivos de uma concretização do direito por meio da jurisprudência e da doutrina, permanecesse separado com toda a pureza em Kelsen”⁵⁷.

Assim, as posturas ativistas que destacamos acima, muito longe de se apresentarem como uma superação do normativismo positivista representam, apenas, a confirmação da tese fatalista de Kelsen de que, no âmbito da aplicação, o Direito é refém da política.

5 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: SOMOS, EM TERRAE BRASILIS, PROCEDIMENTALISTAS, SUBSTANCIALISTAS OU ATIVISTAS?

Um exemplo de pretensa superação do positivismo normativismo mas que, ao fim e ao cabo, representa apenas a confirmação da tese kelseniana a respeito da “política judiciária” nos vem do próprio pretório excelso.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão do prévio requerimento administrativo, através do RE 631.240, que teve repercussão geral reconhecida em dezembro de 2010, objetivando se definir se seria

⁵⁶ MÜLLER, Friedrich. *O novo Paradigma do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 50.

legítima, ou não, a exigência de prévio requerimento administrativo, fosse para a concessão inicial de benefício, fosse para a sua revisão.

O interesse despertado pela controvérsia foi tamanho, que foram admitidos como amici curiae a União Federal, a Defensoria Pública da União e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, todos tendo realizado sustentação oral na sessão de julgamento.

A União foi admitida como amici curiae pois o leading case foi deduzido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Todavia, tanto a União como o INSS foram representados pela Advocacia-Geral da União.

O Relator do RE 631.240, Ministro Roberto Barroso, discorreu, inicialmente, sobre as condições da ação (legitimidade das partes, possibilidade jurídica e interesse de agir) e o reconhecimento, pela jurisprudência do STF, da legitimidade de sua exigência à luz da garantia constitucional de acesso à Justiça. Observou o mesmo que, “partindo do pressuposto de que ninguém deve ir a juízo desnecessariamente”, cumpriria ao Judiciário verificar se a exigência de requerimento administrativo como configuradora do interesse de agir se balizaria à disciplina constitucional de acesso ao Judiciário: essa é a pedra de toque da discussão e tese-capitânia da autarquia previdenciária.

Consignando que a Constituição estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), o Ministro Roberto Barroso assealhou que, em seu entendimento, “não há como caracterizar a existência de lesão ou ameaça a direito sem que tenha havido o indeferimento (da pretensão do beneficiário) pelo INSS”. Considerou, nesse sentido, que “a concessão do benefício depende de uma postulação ativa por parte do interessado”, não tendo o INSS o dever de concedê-lo de ofício, de modo que, para a parte evocar que teve um direito lesado ou mesmo ameaçado, seria necessário formular o pedido perante a autarquia.

Ponderou, ainda, que somente na hipótese de o INSS indeferi-lo, total ou parcialmente, ou de levar mais do que 45 dias para dar uma solução (prazo estabelecido no art. 174 do Decreto 3.048/99, para início do pagamento do benefício), “*ai, sim, o INSS terá violado o direito e nasce a pretensão e a possibilidade de ir ao Judiciário*”.

Abordou, ainda, que a exigência de prévio requerimento administrativo seria a tese que melhor atenderia à *separação de poderes*, porque “procura evitar que se transforme o juiz no administrador”, ou mesmo que “a Justiça se torne balcão do INSS”, não estando o Judiciário suficientemente aparelhado para atuar como substituto à instância administrativa, para fins de concessão e manutenção de benefícios previdenciários.

Abordou, ainda, a alegação do INSS de que “prévio requerimento administrativo não se confunde com exaurimento das instâncias administrativas”, significando aquele tão só que deva haver “postulação administrativa” na APS – Agência da Previdência Social, mas não que o autor-jurisduccionado percorra todas as fases ou instâncias administrativas para poder ingressar em juízo (Reconsideração, Junta de Recurso, Câmara da Previdência Social e Recurso Hierárquico).

A exigência de prévio requerimento, em seu entendimento, dar-se-ia nas seguintes balizas:

- 1) no tocante às ações previdenciárias para concessão inicial de benefício, o requerimento administrativo prévio seria exigido como condição da ação;
- 2) no concernente às ações previdenciárias para revisão de benefício, o requerimento prévio não seria exigível, salvo se a revisão demandasse comprovação de matéria de fato, uma vez que o INSS deve conferir o melhor benefício possível, de acordo com a legislação vigente;
- 3) Finalmente, não se deveria exigir o prévio requerimento administrativo “quando o entendimento consolidado do INSS seja notória e reiteradamente contrário à pretensão do interessado”, considerando-se configurado o interesse de agir, para a finalidade de preenchimento das condições da ação, pelo simples conhecimento prévio quanto à certeza de indeferimento do pedido em sede administrativa.

Ante a grande quantidade de ações que seriam atingidas com o julgamento do RE 631.240, o Relator sugeriu que, vindo a prevalecer a tese esposada em seu voto, com as três hipóteses acima, adotar-se-ia uma “fórmula de transição”, genuína modulação de efeitos.

Cogitou, assim, que se fixasse o entendimento (sucessivo e, ao final, alternativo) de que:

1. para as ações ajuizadas antes da decisão proferida pelo STF no multicitado RE 631.240, e que *não estivessem instruídas com prova de requerimento* administrativo prévio, fossem as mesmas restituídas ao juiz de primeira instância, para intimar o autor a dar entrada no pedido administrativo em até 30 dias, sob pena de extinção do feito, com fundamento na falta de interesse de agir;
2. Caso comprovada a postulação administrativa nesse interregno, o juiz intimaria o INSS a se manifestar em 90 dias.
3. Se atendido administrativamente o requerimento pelo INSS, a ação seria extinta, por evidente perda do objeto;
4. Caso contrário, havendo negativa da autarquia, configurar-se-ia a pretensão resistida e a ação prosseguiria, mas dessa vez, apta ao exame de mérito.

Apesar de se cogitar, em um primeiro momento, que o voto do Ministro Relator preferiu uma abordagem da questão sob um viés substancialista, temperado pela autocontenção, vê-se, em alguns momentos, incursões ativistas e procedimentalistas. Senão, vejamos:

Em primeiro lugar, quando o voto fala de exigência do prévio requerimento administrativo no tocante às ações previdenciárias para concessão inicial de benefício, sendo tal exigência tomada por condição da ação, vemos um esboço de proposta procedimentalista, ainda mais quando se percebe que o voto nada abordou sobre a discussão do direito material em si. O STF, na figura do voto condutor, posicionou-se, em controle de constitucionalidade, como um garantidor das regras do jogo, notadamente das regras para o exercício do direito de ação, passando ao largo da discussão sobre o direito social previdenciário de pano de fundo.

De outra banda, no tocante à discussão de revisões previdenciárias (IRSM, OTN, art. 29, II, lei 8213/91, buraco negro, desaposentação, fator previdenciário, dentre outras), o prévio requerimento seria dispensável, salvo no caso de revisões que contemplam análise fática (revisão de salários de contribuição por reconhecimento de vínculos trabalhistas), de maneira que, para discussão de tais revisões, o Judiciário se reputa um locus privilegiado, mais qualificado. Por exemplo, a discussão sobre a desaposentação (renúncia

a um benefício, para cômputo dos períodos de contribuição que lhe são posteriores, com vistas a se obter um novo benefício, de valor melhor, pelo incremento da idade e número de contribuições, superando, por via reflexa, a ação do fator previdenciário) seria travada diretamente no Judiciário, como se o mesmo fosse capaz de contemplar discussões financeiras, atuariais e de macroeconomia. Tal pretensão estampada na hipótese em comento geraria restrição dos debatedores e empobrecimento técnico da questão, em reducionismo antidemocrático, denotador de uma opção exegética, ou seja, ativismo.

Ademais, a dispensa do prévio requerimento para hipóteses de “entendimento consolidado do INSS contrário ao segurado”, ensancha perplexidades. Veja-se que o INSS apresenta entendimento consolidado contrário à pretensão do particular quase que exclusivamente em hipóteses de revisão de benefícios, o que já estaria absorvido na hipótese “2)”. Todos os demais entendimentos do INSS, versando sobre concessão de benefícios, dependeriam de análise de fatos, sendo logicamente impossível engendrar-se compreensões consolidadas (contrárias ao segurado) de maneira apriorística. O que se tem é uma preferência interpretativa do julgador, já desvelada no desenvolvimento deste ensaio, de que a Administração é antidemocrática, e procede a negativas injustificadas e massificadas de benefícios previdenciários, cumprindo ao Judiciário o resgate da cidadania do segurado. Por que o segurado não pode discutir o “entendimento reiterado contrário a seus interesses” na seara administrativa? Por que isso seria uma perda de tempo? O que qualifica o Judiciário a ser um melhor contexto de debates? Trata-se de ativismo, a nosso sentir.

Por fim, veja-se que a análise do mérito (da substância) da concessão do direito social previdenciário fica confinada a um limbo de incerteza jurídica. O efeito modulante “4”, que coroa o entendimento (até agora) do STF no voto condutor, assevera que as ações não instruídas com o prévio requerimento devem ser restituídas ao juiz de 1ª instância para que o autor providencie a postulação administrativa. Quedando inerte o autor, mesmo já lhe tendo sido reconhecido o direito substantivo previdenciário pelas outras instâncias, a ação será extinta - vitória procedimentalista. Lado outro, caso o autor faça a postulação junto à autarquia e o INSS não lhe conceda o benefício, deverá a Advocacia-Geral da União se “manifestar” (ou contestar novamente o feito, dessa vez adentrando ao mérito da discussão) e, ao fim e ao cabo, deverá o Judiciário fazer uma análise do mérito - substancialismo, temperado com autocontenção. Mas qual órgão do Judiciário deverá fazer o exame de mérito? O juiz de primeira instância, que, pois, terá sua primeira sentença cassada?

O tribunal, que, pois, terá seu primeiro acórdão cassado? O STF, que simplesmente cometeu ao juiz de primeira instância uma diligência □ obtenção do prévio requerimento? Tais dificuldades ainda hão de ser enfrentadas na praxis judiciária.

O fato é que o julgado ora analisado como estudo de caso é sintomático da percepção de que, no plano do agir cotidiano dos juristas brasileiros, não se pode observar com nitidez a adoção de qualquer das teses.

Não se pode observar uma preferência prática pela postura substancialista, haja vista que no âmbito da execução de políticas públicas, a cargo do poder Executivo, os direitos individuais e sociais estão longe de efetivação para amplo espectro de pessoas (déficit de eficácia), no âmbito do poder Judiciário há uma realidade jurídica que se posiciona longe de conferir efetividade a institutos jurídico-processuais de efetivação de direitos fundamentais, como o mandado de injunção e a ADIn por omissão e, no Legislativo, aprovam-se leis por procedimentos de legitimidade democrática duvidosa, como voto de liderança, além do que o sistema eleitoral permite distorções da equidade preconizada pelo “one man, one vote”.

O Estado Social em terrae brasillis não logrou cumprir as promessas plasmadas em extenso rol de direitos prestacionais e o capitalismo estatal⁵⁸ só fez por agravar as diferenças sociais, sobretudo com o desenvolvimento do neoextrativismo, popular nos países de capitalismo periférico⁵⁹.

D’outro giro, também não se observa que a prática procedimentalista tenha se disseminado na práxis jurídica cotidiana, notadamente porque o poder Executivo ainda se imiscui na função legiferante típica do Congresso Nacional (decretismo do Executivo), destabilizando a construção de uma “combinação universal e mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada e não-institucionalizada”⁶⁰, que se materializa na produção democrática das leis e dos procedimentos, que tencionam viabilizar a efetiva fruição dos direitos encartados à carta Política.

58 DAHL, op. cit., capítulos 22 e 23.

59 GUDYNAS, Eduardo. *Estado compensador y nuevos extractivismos*: Las ambivalencias del progresismo sudamericano. Nueva Sociedad N237, enero-febrero de 2012, ISSN: 0251-3552, <www.nuso.org>.

60 HABERMAS, op. cit., v. II, p. 186.

6 À GUISA DE CONCLUSÃO: PELO QUE CLAMA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO?

O Estado Liberal preconizava uma concentração do centro de decisão política no Legislativo; já o Estado Social, no Executivo; o Estado Democrático sustenta o seu deslocamento para a Corte Constitucional (para o Judiciário?).

A inércia do poder Executivo e inações do Legislativo passam a permitir, dentro de um cenário de Estado Democrático de Direito, isto é, em determinadas circunstâncias e através das correlatas balizas constitucionais, que o Judiciário lhes supra. Todavia, tal possibilidade de ação judiciária não pode comprometer a democracia, donde se observa que as decisões judiciais devem ser rigorosamente controladas.

Deve-se notar, ainda, que o Judiciário não pode se tornar uma válvula de escape messiânica para as insuficiências e desacertos do Estado Social, sob pena de criarmos uma massa de cidadãos de segunda categoria que, “ao invés de reivindicarem seus direitos no campo da política, apostam no paternalismo judiciário”.⁶¹

O que o paradigma de um Estado Democrático de Direito propõe é que, diante da omissão dos Poderes Públicos em realizar as políticas públicas previstas no pacto constitucional, poderá a via judiciária ser acionada.

Veja-se que o Judiciário não realizará a política pública omitida pelos Poderes Públicos: aquele irá regulamentar, integrar, a execução de tais políticas. O Judiciário, atuando nesse sentido regulador, poderá, no limite, ordenar a execução de determinadas medidas ao Executivo, com espeque na legalidade constitucional – mas a execução em si, caberá ao Executivo.⁶²

61 STREK, op. cit., p. 65.

62 E quem “limitará” o Judiciário. Trabalharemos com uma perspectiva de autocontenção, a “self-restraint” americana? Roberta Rabelo Maia Costa Andrade assevera que “O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais:

- 1) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário;
- 2) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e
- 3) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

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

ANDRADE, Roberta Rabelo Maia Costa. Artigo: *Do ativismo judicial à autocontenção*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/27734/do-ativismo-judicial-a-autocontencao-o-exemplo-norte-americano#ixzz3cJ2fU6v>.

STRECK sintetiza, com felicidade invulgar, a formulação acima, ao enunciar que, no Estado Democrático de Direito, “o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia de direitos individuais ou sociais”⁶³.

O Judiciário agiria subsidiariamente, como um fiador das instituições públicas integrantes dos demais Poderes, a quem cabe a elaboração legal e execução material de políticas públicas propiciadoras da efetiva fruição dos direitos fundamentais e, somente no caso de “inadimplência” de tais instituições, é que o mesmo (o Judiciário) seria “chamado à conta”, para viabilizar a efetivação dos direitos previstos no pacto constitucional.

Dessarte, respondendo à pergunta retórica capitulada no título desta conclusão, o Estado Democrático de Direito Brasileiro, com todas as peculiaridades dos países de capitalismo periférico, notadamente o déficit de direitos fundamentais, pede por um Judiciário que seja consciente da necessidade de agir para concretizar direitos fundamentais, mas que atue nos estreitos limites da disciplina constitucional, enquanto estatuto disciplinador do jurídico e do político.

Considerando essa “nova” função de fiança institucional do Judiciário, cabe-nos analisar se o mesmo está preparado para tanto.

Novamente em STRECK, observamos a denúncia de que o Judiciário tem uma atuação insuficiente para fazer frente ao novo desiderato institucional democrático, eis que se limita a afirmar formalmente a existência de determinados direitos, o que não redundará em sua real aplicação, o que por sua vez demandaria “uma agência coativa disposta a aplicar as normas jurídicas”⁶⁴.

Finalmente, quanto à judicialização em si, temos que a mesma não traz insito qualquer caráter deletério, sendo, como dito, um fenômeno político contingencial⁶⁵, que tende a aumentar ou diminuir ao sabor dos fatores expostos no item 1 (inflação legislativa, dirigismo constitucional, aumento da litigiosidade, etc...). Contudo, uma judicialização em níveis elevados pode se tornar um inconveniente, justamente por construir o que denominamos de cidadania de 2ª classe, traduzida na errônea percepção de que há participação

63 STRECK, op. cit., p. 68.

64 Ibidem, p. 70.

65 TASSINARI; OLIVEIRA, op. cit., p. 5.

democrática direta com o ingresso de uma ação judicial. Ora, o julgador, tanto quanto o parlamentar ou o administrador, estarão sujeitos a todas as falibilidade e paixões do ser humano, e, indiscutivelmente, na ação judicial, o cidadão estará cometendo a outrem, o juiz, a realização de seu direito. A judicialização pode ser controlada com o bom andamento do sistema político, com harmonia e estabilidade institucional, viabilizando-se as discussões políticas no seio da sociedade, de maneira ampla e dialógica, depois sendo suas conclusões amadurecidas e abordadas pelos órgãos legiferantes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais*. Artigo baseado no texto básico da palestra proferida na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, por ocasião da solenidade comemorativa dos seus 25 anos, em Porto Alegre, no dia 17 nov. 2005.

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2014.

ANDRADE, Roberta Rabelo Maia Costa. *Do ativismo judicial à autocontenção*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27734/do-ativismo-judicial-a-autocontencao-o-exemplo-norte-americano#ixzz3cJ2fIU6v>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. *Revista de Direito GV*, São Paulo, ed. 15. p. 59 a 85. jan./jun. 2012.

CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco. Artigo: Perícia do INSS: o campo de concentração brasileiro. *Revista Âmbito Jurídico*, Data de confecção e aprovação não divulgados. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12920>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 2001.

DAHL, Robert A. *La democracia e sus criticos*. 1992 de todas las ediciones em castelano. Ediciones Paidós Ibérica, S/A, Marino Cubi, 92 – 08021 Barcelona e Editorial Paidós, SAICF Defensa, 599, Buenos Aires.

DEMO, Pedro. *Argumento de Autoridade e Autoridade do Argumento - Interfaces da cidadania e da epistemologia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6ª tiragem, London: Duckworth, 1991.

FACCHINI NETO, Eugênio. E o Juiz não é só de direito... (ou a Função Jurisdicional e a Subjetividade). In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Org.) *Aspectos psicológicos na prática judiciária*. Campinas: Millennium, 2002.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARAPON. Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUDYNAS, Eduardo. *Estado compensador y nuevos extractivismos: las ambivalencias del progresismo sudamericano*. Nueva Sociedad N237, enero-febrero de 2012, ISSN: 0251-3552, <www.nuso.org>.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia - entre faticidade e validade*. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 297 e seguintes do v. I e p. 123 e seguintes do v. II.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1991.

IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Niterói: Impetus: 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Tranindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 67 e seguintes.

NETO, André Perin Schmidt. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 10, p. 83-96, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz et alii. *A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Aticismo: Percursos para Uma Necessária Diferenciação*. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, p. 266 a 306.

PINHEIRO, Armando Castelar (org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré. 2000.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, número 44, p. 36 a 50, jan./jun. 2014.

RUBIO, David Sanches; DE FRUTOS, Juan Antônio. *Teoría Crítica del Derecho*. Primera Edición, 2013. Introducción e Capítulo Primero. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C. Colón #443, Barrio de Triana. C.P. 20240, Aguascalientes, Ags.

STREK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

TASSINARI, Clarissa; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Judicialização da Política e Ativismo Judicial*. Notas para uma necessária diferenciação. Texto Inédito.

TRINDADE, André Karan. *Constituição Dirigente e Vinculação do Administrador: Breves Considerações Acerca do Papel dos Tribunais na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais?*

VIANNA, João Ernesto Aragonês. *Curso de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização da política no Brasil, In: WERNECK VIANNA, Luiz et alii, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

