

## Judicialização e Ativismo Judicial no Direito Previdenciário: Proibição de Retrocesso e Segurança Social

Judicialization and Judicial Activism in the Security Law:  
Prohibition of Retreat and Social Security

**Marizete Peretti<sup>1</sup>**  
**Itacir Todero<sup>2</sup>**

### RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de apresentar algumas nuances sobre a notoriedade que vem ganhando a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil, mais especificamente no que se refere ao Direito Previdenciário. Aborda-se também a importância da observação do princípio do não retrocesso das conquistas sociais como forma de garantia da segurança e da ordem social, preceitos constitucionais que visam à manutenção da justiça social como um todo. Conclui-se com este trabalho que o modelo constitucional adotado pelo Estado permite que o Judiciário interfira na legislação existente modificando-a ou adequando-a e que, muito embora tenha importância, a judicialização das políticas públicas não é a solução adequada para a efetivação das demandas sociais. Neste artigo utiliza-se o método dedutivo com a técnica da revisão bibliográfica.

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Passo Fundo/RS, Brasil. Especialização em Direito Previdenciário pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza e em Letras – Português/Espanhol pela Universidade do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus Erechim. E-mail: marizete.peretti@gmail.com.

<sup>2</sup> Conselheiro-substituto do TCE/CE. Especialista em Gestão Fazendária pela Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre – RS; Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim – RS. E-mail: itacir@tce.ce.gov.br.

**Palavras-Chave:** Judicialização. Direito Previdenciário. Ativismo judicial. Não retrocesso. Segurança social.

## **ABSTRACT**

The present work has the objective of presenting some nuances about the notoriety that has been gaining the judicialization of politics and judicial activism in Brazil, more specifically with regard to social security law. The importance of observing the principle of non-retrocession of social achievements as a way of guaranteeing security and social order, constitutional precepts aimed at maintaining social justice as a whole is also discussed. In the present article the deductive method is used with the bibliographic review technique.

**Keywords:** Judiciary. Social Security Law. Judicial Activism. Not backwards. Social Security.

Recebido: 10/07/2018

Aprovado: 10/08/2018

## **1 INTRODUÇÃO**

Atualmente, o tema do ativismo judicial, e da judicialização da política, vem ganhando destaque na teoria de vários doutrinadores em todo o mundo, não só no Brasil. Nesta seara, é importante inicialmente alertar que qualquer forma de abordagem do assunto não pode ser esgotada em um ou outro posicionamento pelo risco de reduzir-se a sua complexidade.

A judicialização bem como a atuação ativa do Judiciário,

denominada ativismo judicial, se dão quando pessoas e instituições buscam no Poder Judiciário a resolução de questões que deveriam ser resolvidas pelos demais poderes. Entretanto, judicialização e ativismo judicial possuem formatos distintos. Lenio Streck (2016) diz que o ativismo é sempre ruim para a democracia porque muitas vezes os juízes e tribunais decidem de acordo com suas visões pessoais, não condizentes com a linguagem pública. Já a judicialização está presente sempre em algum grau nos regimes democráticos, que são amparados por constituições normativas. Neste caso, a judicialização pode ser ruim ou não.

Por motivos muito particulares de cada Estado, por vezes ocorrem alguns problemas em termos de legitimidade ou credibilidade dos poderes estatais, fato que faz surgir uma espécie de “sobreposição” de um poder sobre o outro. Neste sentido, pode ser necessária uma maior atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. Este fato deve ser bem trabalhado para que não seja prejudicada a harmonia entre os Poderes.

Para Schier e Schier (2015), a preocupação com o não retrocesso<sup>3</sup> em termos de políticas públicas sociais se deu a partir da Constituição de 1988. O não retrocesso tem como objetivo a ampliação da segurança jurídica e da confiança dos cidadãos em relação às instituições, bem como garantir certa estabilidade em termos de ordenamento jurídico.

Objetiva-se com este trabalho fazer uma breve análise do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas, especialmente aquelas relacionadas ao Direito Previdenciário, bem como trazer à reflexão a cláusula do não retrocesso social em termos de conquistas já constitucionalmente consagradas.

---

<sup>3</sup> “Na esfera do Direito Constitucional entende-se por retrocesso social a negativa de conquistas sociais consagradas pela legislação infraconstitucional por meio de sua revogação” (SCHIER; SCHIER, 2015, p. 534).

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Judicialização e ativismo judicial: conceituações e delimitações

Verifica-se na atualidade que o Judiciário tem ocupado papel de evidência no cenário de atuação do Estado no que tange diretamente às políticas públicas. Fala-se em judicialização das políticas, no sentido de demandas que estão sendo afetadas ao Judiciário, mas cumpre ressaltar que este é um fato que decorre do modelo constitucional adotado no Brasil. Judicializar as questões políticas e sociais significa provocar a esfera judicial para a solução dessas questões (BARROSO, 2012). De outra sorte, ativismo judicial refere-se mais especificamente a decisões proferidas por juízes e tribunais em termos de políticas públicas, as quais deveriam ser elaboradas e definidas pelos demais Poderes (OLIVEIRA; AZEVÊDO, 2015). Ou seja, “o ativismo é a escolha comportamental do juiz ou Tribunal em aceitar essa demanda e ditar as respostas, certas ou erradas, para as questões levantadas” (CAMPOS, 2014, p. 284).

O termo “ativismo judicial” surgiu inicialmente em tom de crítica ao Judiciário, no sentido de que servia para a invalidação de atos legislativos, mas o fato de o Poder Judiciário declarar inconstitucional uma norma, por exemplo, não significa ativismo, senão simplesmente controle de constitucionalidade. O termo, entretanto, foi evoluindo para ser considerado como não necessariamente ilegítimo, uma vez que não deixa de ser a apreciação de tudo aquilo que é submetido ao tribunal (OLIVEIRA; AZEVÊDO, 2015).

No caso do Brasil, segundo Barroso:

A primeira grande causa da judicialização foi a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. (BARROSO, 2012, p. 24)

Toda essa questão deu nova cara ao Judiciário brasileiro, que conquistou certa independência para a sua atuação a partir dos governos democráticos. Mas este fenômeno denominado “ativismo” não é exclusivamente brasileiro. Em diversos países as cortes superiores foram chamadas a resolver situações de cunho político e de implementação de políticas públicas e questões que envolviam diretamente demandas relacionadas à sociedade, demonstrando “a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo” (BARROSO, 2012, p. 23).

O que chama atenção hoje é o ativismo judicial positivo, muito mais que o negativo, ou seja, “o ativismo judicial não se limita a um controle negativo de constitucionalidade, retirando do ordenamento jurídico aquelas normas que são incompatíveis com o espírito da Constituição Federal” (MORAES; PIRES, 2015). O ativismo judicial positivo é aquele capaz de criar norma jurídica e também exigir o seu cumprimento em relação aos demais poderes quando estes se mantêm omissos. Neste caso, atuando de forma regular, os Poderes originariamente constituídos, exercendo suas funções típicas, enfraqueceriam a possibilidade de intervenção judicial. Independentemente disso,

espera-se que as autoridades jurídicas e os juízes sejam justos e imparciais perante as partes para que as mesmas possam solucionar seus conflitos em conformidade com os princípios e as normas adequadas (FEREJOHN, 2012).

De acordo com Vallinder (2012), aos tribunais cabe resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos, ao passo que ao Legislativo cabe proteger, por meio da elaboração da legislação, os direitos e deveres da maioria. Há que se considerar, contudo, que em suas decisões os tribunais precisam fornecer razões, pois decisões mal justificadas não exercem impacto extensivo, podendo a decisão ser recorrida ou anulada (FEREJOHN, 2012). Isso, de certa forma, garante que não se proliferem injustiças nas decisões relativas aos casos concretos.

Nessa perspectiva, Moraes e Pires (2015) asseveram que o Poder Legislativo possui o dever de legislar, no sentido de atender às liberdades públicas e suprir os vazios legislativos, visando suprimir as possíveis omissões inconstitucionais. Devem os legisladores, cumprindo os ditames constitucionais referentes aos direitos fundamentais, regulamentá-los para que se concretizem.

Por sua vez, a Administração Pública está sujeita, inexoravelmente, ao *jus imperium* das liberdades fundamentais do Estado, sendo que aqueles atos praticados à margem dos direitos fundamentais deverão ser reputados nulos. Todavia, observa-se frequentemente que existe uma tendência do Poder Executivo sobrepor-se às leis, principalmente quando os interesses em jogo não são os interesses da coletividade, e sim o interesse de uma pequena parcela econômica e politicamente dominante. (MORAES; PIRES, 2015).

Numa análise mais específica, a atividade legislativa

pode ser considerada repleta de incertezas, pois não há qualquer possibilidade de prever como será a aplicação da norma nem as consequências que resultarão dela. Certamente, ao Legislativo cabe adotar formas de prevenir e minimizar essa incerteza no que tange aos resultados, antecipando, de alguma maneira, toda a complexidade a que uma norma geral deverá atender. Nesse sentido, os tribunais guardam certa vantagem em relação ao Legislativo, pois analisam circunstâncias concretas e específicas estando em posição mais próxima do real a fim de evitar as possíveis injustiças e inconveniências que a norma geral poderia acarretar (FEREJOHN, 2012).

Para Freitas (2010), todo intérprete tópico-sistemático, como positivador, aperfeiçoa o Direito Positivo no sentido da busca do essencial dos direitos em suas várias nuances:

[...] toda interpretação jurídica [...] emerge como um só processo tópico e sistemático, que torna imperiosos a viabilização do equilíbrio entre teorias normativas e seus efeitos, o reconhecimento da impossibilidade do enquadramento ou método único e a busca de soluções respeitadoras do ordenamento na sua fecunda dimensão axiológica e do seu caráter histórico não-linear, compreendido como projeto holístico, potencialmente coerente e permeável a evolutivas mutações (FREITAS, 2010, p. 71).

Pelas considerações de Barroso (2012), no ativismo judicial brasileiro, há mais ganhos do que perdas, e um dos motivos é a publicidade dos julgados que possibilitam transparência e controle social e fortalecem a democracia. No entanto, mais adiante, o autor observa que é necessário que se considerem os riscos a respeito da atuação do Judiciário no que tange à “legitimidade democrática, na politização indevida da

justiça e nos limites da capacidade institucional do judiciário” (BARROSO, 2012). Além do mais, no desempenho de “fazer política”, o Judiciário precisará certificar-se e garantir “que a legislação não seja nem derrubada nem interpretada de formas indesejadas” (BARROSO, 2012).

Sobre esta temática, Eros Grau (2016) aborda inicialmente a diferenciação entre “produção do direito pelo juiz” e “criação” do direito. O autor ensina que, como intérpretes autênticos, os juízes “produzem direito ao completar o trabalho do legislador”, mas não criam o direito. A produção do direito, desta forma, dá-se por um processo de interpretação numa atividade constitutiva de decisão, embora não discricionária. Ao juiz não cabe apenas declarar o que está expresso no texto normativo, mas, sim, constituir a norma a partir do texto e da realidade (GRAU, 2016). Se o juiz está próximo do caso concreto, cabe a ele fazer a interpretação correta da norma de acordo com a situação em que se apresenta.

Em outra análise, quanto à legitimidade ou ilegitimidade do ativismo judicial, Campos (2014) considera que, quando a doutrina se refere ao ativismo judicial como legítimo ou ilegítimo, predomina uma concepção pejorativa deste ativismo pelo fato de muitos doutrinadores considerarem as decisões ativistas como usurpadoras dos poderes políticos das instâncias legitimadas através do voto popular. Essa maneira de abordar o tema, segundo o autor, induz à compreensão do ativismo como arbítrio judicial. Por outro lado, ao considerar legítimo esse tipo de atuação, a doutrina considera que a zona racional de criação do direito estaria dentro dos limites da ação jurisdicional. Em todo caso, o autor defende que há uma relação de contingência entre ativismo e legitimidade:



A verdade é que nenhum juiz pode ser sempre ativista, assim como não pode ser sempre autorrestritivo. De modo que, se um determinado juiz for sempre uma coisa ou outra, em algum momento, atuará de forma ilegítima, e isso será assim porque, em determinadas ocasiões, o legítimo é ser ativista, em outras vezes, é ser autorrestritivo e, na maior parte das vezes, nem uma coisa nem outra. (CAMPOS, 2014, p. 191)

Tratando-se da judicialização da política, existem várias formas pelas quais ela se processa. Pode-se citar a principal delas como sendo a revisão judicial (*judicial review*) das ações do Executivo e do Legislativo. Em relação ao Legislativo, ela, normalmente, ocorre em função de adequação aos ditames constitucionais quando, por vezes, o Legislativo extrapola no exercício dos seus poderes de legislar. No caso do Executivo, a revisão judicial se dá para fazer valer as decisões do Legislativo nos casos práticos (VALLINDER, 2012).

Em relação ao Congresso Nacional, atualmente existe “uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo que tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição”, o que causa decisões que ora suprem omissões, ora criam normas jurídicas com caráter normativo geral) (BARROSO, 2012, p. 27).

Pode-se dizer que, no Brasil, além da pouca credibilidade que transmitem os poderes Executivo e Legislativo atualmente, a confiança no Judiciário tem crescido no que se refere à resolução de questões que envolvem política pública e controvérsias políticas, questões das mais pertinentes que podem envolver a estrutura de um Estado democrático. “Nesse ínterim, tribunais transnacionais tornaram-se o principal local para coordenação de políticas em nível global e regional, des-

de questões comerciais e monetárias até padrões trabalhistas e regulamentações ambientais” (HIRSCHL, 2012, p. 131-132).

Numa era em que as sociedades se tornam mais complexas e os mercados econômicos mais convergentes, ocorre o que muitos sociólogos, a exemplo de Max Weber, denominam de “juridificação” da vida moderna. Para Émile Durkheim, em sociedades primitivas a divisão do trabalho era menos desenvolvida e a solidariedade interpessoal era mais aguçada, e assim, conseqüentemente, o Direito formal não era tão necessário. Ao contrário, nas sociedades desenvolvidas os laços sociais tendem a ser menos fortes, e a divisão do trabalho, mais clara, ganhando assim o aparato estatal, na figura dos juristas, maior importância na resolução dos conflitos originados pelos contratos de trabalho desta sociedade complexa (apud HIRSCHL, 2012).

Valendo-se de normas básicas do Direito Contratual, do Direito Constitucional e principalmente do Direito Administrativo, o Judiciário supervisiona e garante a aplicação do devido processo legal, da igualdade de oportunidades, da transparência, da responsabilidade e da razoabilidade na elaboração de políticas públicas. Não surpreende, portanto, que a judicialização desse tipo domine o próprio sistema de justiça [...]. Mas está também claramente evidente em inúmeras outras áreas, desde planejamento urbano e saúde pública até relações industriais e proteção ao consumidor. (HIRSCHL, 2012, p. 137)

Mesmo em relação aos conceitos e definições usados no Direito, quando cabe ao Poder Judiciário, ou mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal, atribuir adequadamente os significados de expressões subjetivas, como é o caso de “dignidade da pessoa humana” ou “boa-fé objetiva”, o órgão assume a posição de criador do direito de alguma forma. E

como não poderia deixar de ser, o STF é o intérprete final da Constituição e a ele incumbe velar pela democracia e pelos direitos fundamentais (BARROSO, 2012).

É mister esclarecer que, a despeito da atuação ativa do Poder Judiciário atualmente, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem observar de forma atenta os direitos e garantias fundamentais, possibilitando, sempre que possível, um correto exercício e harmonia de suas funções específicas com o fim último de possibilitar ao indivíduo usufruir de todos os direitos e garantias que a Constituição oferece.

## 2.2 A atuação do Judiciário no Direito Previdenciário e o princípio da proibição do retrocesso social

Pode-se perceber que, nos últimos tempos, houve uma crescente crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade do Congresso Nacional, e isso tem ampliado a atuação do Judiciário na prolação de decisões que suprem omissões (BARROSO, 2012). Não somente em relação ao Legislativo, o Judiciário passou a ser visto como um meio eficaz na promoção dos direitos estabelecidos pelos ditames constitucionais “ou pela inércia legislativa ou pela demora do Executivo na implementação de políticas sociais que efetivem as proteções constitucionais, seja o direito à saúde, à educação, à cultura etc.” (CASTRO, 2014, p. 119).

Especificamente sobre a atuação do Poder Judiciário, é possível arriscar a afirmação de que a área da saúde é uma daquelas em que os juízes e tribunais atuam de forma mais incisiva dentro da seguridade social. Nos diversos órgãos do Judiciário brasileiro encontra-se um número considerável de

ações ajuizadas sobre a matéria, como, por exemplo, a busca pelo fornecimento de medicamentos, ou tratamentos ou procedimentos cirúrgicos (PEREIRA, 2015).

Barroso faz uma consideração sobre a atuação do Judiciário em políticas públicas no campo da saúde no que tange a distribuição de medicamentos e determinação de terapias.

[...] nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o estado ou o município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior. (BARROSO, 2012)

Como direito subjetivo de todos os indivíduos, o direito à saúde deve ser prestado pelo Estado mediante políticas públicas sociais e econômicas (PEREIRA, 2015). Se o Estado deixa de atuar de forma positiva neste aspecto, instituindo as devidas políticas que atendam à população, resta ao Judiciário, quando provocado, decidir sobre a concessão ou não do direito pleiteado pelo indivíduo.

No tocante aos recursos ou aporte financeiro para a execução das determinações judiciais ou para o implemento das necessárias políticas públicas de ordem social, Priscila Gonçalves de Castro faz importante observação, referendando as palavras de Kazuo Watanabe. A autora lembra que, pela doutrina majoritária, a falta de recursos não pode ser obstáculo para a atuação do poder público na efetivação dos direitos sociais. Enfatiza ainda que esses direitos são, sim, tuteláveis pelo Poder Judiciário, independentemente da comprovação da existência

ou não de recursos para a sua implementação, ou ainda que os recursos tenham de ser remanejados de outras áreas (apud CASTRO, 2014).

Reforçando a tese em relação à insuficiência de recursos, no julgamento de Agravo de Instrumento referente ao fornecimento de medicamento para paciente, o Tribunal de Justiça de São Paulo fez referência à responsabilidade solidária dos entes federativos na efetivação do direito à saúde e afirmou que a justificação da impossibilidade de meios só será admitida no caso de inexistência absoluta:

A questão da impossibilidade de meios, ou seja, de recursos para custeio desse encargo só poderia ser conhecida diante da inexistência absoluta deles, que não é o caso dos autos, nenhuma alegação e muito menos demonstração existindo para justificar essa hipótese. Padronização de fornecimento generalizado desses insumos pelo SUS e outras maneiras de acesso são procedimentos de ordem administrativa que, embora tenham pertinência com o resultado efetivo no atendimento da população em geral, não elidem o caso concreto, sendo especialmente particulares as suas circunstâncias. (PEREIRA, 2015, p. 297)

Tratando-se diretamente de previdência social, o INSS é uma das instituições representativas do Estado em termos de concretização de políticas públicas que mais enfrentam demandas judiciais, ficando em desvantagem apenas em relação à Caixa Econômica como litigante público no Judiciário. Administrando, além da previdência social, o pagamento do benefício de prestação continuada (BPC), “no ano de 2014, conforme disponibilizado no site do próprio STF, foram autuados naquele tribunal 8.516 processos em matéria previdenciária (incluindo os processos referentes a BPC)” (OLIVEIRA;

AZEVEDO, 2015, p. 487).

Em matéria relativa a aporte financeiro em Direito Social Previdenciário, Ibrahim (2010) afirma que, no Brasil, o discurso do equilíbrio financeiro e atuarial é somente utilizado como instrumento de não concessão das prestações previdenciárias, mesmo que não comprovados, até porque praticamente não existe cálculo atuarial nos regimes públicos de previdência no Brasil, embora haja previsão constitucional. Segundo o autor, o equilíbrio atuarial deve, de fato, ser observado como critério fundamental para a manutenção do sistema, mas não deve este ser aventado pelo Executivo somente nos casos em que as teses sejam contrárias a sua visão.

A atuação ativa do Judiciário se dá também quando não há norma regulamentadora, em função da inércia do Legislativo em normatizar certa matéria. Uma das estratégias usadas e respaldadas pela norma constitucional é o mandado de injunção, presente no Título II da Constituição Federal de 1988. Ele tem servido, em alguns casos, como remédio eficaz para conferir a imediata aplicabilidade da norma constitucional.

Em matéria previdenciária, pode-se citar o caso da aposentadoria especial do servidor público. Pelo mandado de injunção, requer-se que se aplique, subsidiariamente, a legislação previdenciária vigente no Regime Geral, especificamente os artigos 57 a 58 da Lei 8.213/91, conforme fundamento do artigo 40, § 12, da Constituição Federal, o qual preceitua que, “além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral da previdência social” (LADENTHIN, 2010).

Não obstante a falta de norma regulamentadora, ocorre

que a autarquia estatal (INSS) não pode atuar para além dos limites normativos que lhe competem, como quer o Judiciário em alguns casos. A autarquia é obrigada a cumprir o que a lei e suas instruções normativas determinam. “Então, até que vire política pública determinada por lei, o INSS continuará aplicando a norma mesmo que em desconformidade com o entendimento do Poder Judiciário. E assim ele se mantém entre os maiores litigantes” (OLIVEIRA; AZEVÊDO, 2015, p. 488).

Também as uniões homoafetivas requerem alguma análise, mesmo que breve. O conceito de família vem se alterando com o passar do tempo, de modo a ampliar o rol de hipóteses. Após o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, em 2011, pelo Supremo Tribunal Federal, estas passaram a repercutir nas políticas de concessão de benefícios do INSS, que editou a instrução normativa para uniformizar as decisões em sede administrativa.

Na referida decisão divulgada por site oficial do STF, o ministro Ayres Brito fez menção ao artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, o qual veda a discriminação em virtude de origem, raça, sexo, cor e idade ou qualquer outra forma de discriminação, sendo que a homossexualidade não pode servir de motivo para tratamento diferenciado entre as pessoas e enquanto entidade familiar.

A Instrução Normativa nº 45, de agosto de 2010, em seu artigo 25<sup>4</sup>, editada pelo INSS, vem reconhecer o direito a pensão por morte e auxílio-reclusão do companheiro homoafetivo.

---

<sup>4</sup> “Art. 25. Por força da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, o companheiro ou a companheira do mesmo sexo de segurado inscrito no RGPS integra o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei nº 8.213, de 1991, para óbito ou reclusão ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, conforme o disposto no art. 145 do mesmo diploma legal, revogado pela MP nº 2.187-13, de 2001.”

Por esse meio, o INSS concede a pensão desde que demonstrada a dependência econômica do solicitante, uma vez que esta não se presume como no casamento civil.

De acordo com Martins (2016), o Superior Tribunal de Justiça – STJ também tem concedido pensão a parceiro homossexual, equiparando a convivência a união estável, que faz presumir a dependência econômica entre os parceiros. Tal decisão beneficia as pessoas no geral, pois não precisarão submeter-se, em casos similares, ao constrangimento de ver seu pleito por benefícios previdenciários negados, uma vez que a matéria já fora decidida pelos tribunais.

Sob esta óptica, Freitas ensina que “a decisão do intérprete há de ser, eminentemente, a resultante do diálogo construtivo com o texto normativo e com a realidade em suas várias dimensões” (FREITAS, 2010, p. 65). Mais adiante, em sua análise, segue afirmando:

[...] não se deve descurar da elaboração de uma nova maneira de compreender o sistema jurídico, que ultrapasse, de um lado, os passivismos e os emotivismos e, de outro, que estimule, numa era de indeterminações exacerbadas, a vinculação do intérprete menos ao texto legislado fugaz e episódico, mais aos princípios e objetivos fundamentais do ordenamento. (FREITAS, 2010, p. 66)

As análises precedentes acerca da judicialização da política e do ativismo judicial conduzem a um olhar para a atividade jurisdicional como forma de atendimento às demandas sociais não atendidas pela norma ou insuficientemente atendidas. Sob este viés, decidindo de forma ativa para o atendimento das demandas sociais, no que concerne ao Direito Previdenciário o Judiciário estaria atendendo à cláusula do *não retrocesso so-*



*cial*. A negativa das conquistas sociais consagradas pela Constituição Brasileira de 1988 e pela legislação infraconstitucional representa o que se chama de *retrocesso social*.

No Brasil, a ideia de vedação do retrocesso intensifica-se a partir da promulgação da Constituição de 1988. Entende-se que as leis que respaldam as normas constitucionais de direitos fundamentais ampliam os direitos, e, desta forma, uma possível restrição ou revogação futura na legislação tende a significar um retrocesso ilegítimo e, portanto, inconstitucional; um verdadeiro retrocesso de direitos já consagrados (SCHIER; SCHIER, 2015).

Na visão de Sarlet (1999), essa proibição de retrocesso é vista com cautela no sentido de que o mundo está em constante transformação, e, por isso, a possibilidade de adaptação dos sistemas de prestações sociais pode ser uma necessidade, não obstante seja de significativa importância manter as conquistas sociais já consagradas no texto constitucional. Ressalta o autor que a doutrina majoritária, primeiramente, excluiu uma proibição absoluta de retrocesso social em face, justamente, dessa realidade econômico-social de que o Estado não poderá furtar-se e do processo de flexibilização de normas vigentes que dizem respeito diretamente a segurança social.

Primando-se, desta forma, pela máxima efetividade das normas consagradoras de direitos fundamentais, principalmente aquelas de cunho social, entende-se que o conteúdo das leis que colocam em prática tais direitos não poderá ser revogado sem a devida compensação através da atividade do legislador ordinário ou da implementação de políticas públicas, consubstanciando, assim, a aplicação da cláusula da proibição do retrocesso (SCHIER; SCHIER, 2015).

Importante ainda destacar que um ônus excessivo ao ci-

dadão, no caso de supressão de direitos, não alcança a justiça social tão pretendida pelo texto constitucional.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme a análise inicial delineada neste trabalho, sem a pretensão de esgotá-la, destaca-se a importância da manutenção das conquistas sociais já alcançadas, muito embora deva haver algumas modificações nas normas existentes em relação aos direitos sociais.

A proibição de retrocesso social deve ser sempre o objetivo e a ambição do legislador na elaboração das normas ou do Judiciário, que, inúmeras vezes, é provocado a atuar no caso concreto como se legislador fosse, respeitando sempre os limites de sua atuação.

Ainda, o modelo constitucional adotado pelo Estado permite que o Judiciário interfira na legislação existente, muitas vezes retirando do ordenamento aquilo que não mais é adequado aos preceitos constitucionais ou simplesmente adequando-a. Nesse sentido é importante salientar que a atuação do Judiciário, de forma tão intensa, não está imune a críticas, principalmente sobre a sua capacidade institucional de ser, por excelência, o intérprete da Constituição (MORAES; PIRES, 2015).

De toda sorte, em um momento conturbado pelo qual passa a nação brasileira em termos de crise das instituições, o Poder Judiciário ganha notoriedade no trato de algumas questões afetas à população, mais diretamente no que tange aos direitos sociais. Quando o Estado atravessa uma evidente crise em suas instituições, embora delicado o cenário e a possível inter-

ferência na esfera de atuação dos demais Poderes, é importante que o Judiciário se mantenha atento às demandas da sociedade, principalmente no que se refere à previdência social, pois atinge diretamente a vida presente e futura do indivíduo/cidadão.

Contudo, com a consciência de que a judicialização das políticas públicas não é a solução para resolver o problema da realidade brasileira (CASTRO, 2014), cada Poder deve realizar as determinações constitucionais relativas às suas funções de fato, de forma a garantir o não retrocesso social e garantir, também, a perfeita harmonia entre eles.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2w4kYVo>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa nº 45, de 6 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Disponível: <<https://bit.ly/2nWo4Gj>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

CAMPOS, C. A. A. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, P. G. **Direitos humanos de seguridade social: uma garantia ao estrangeiro.** São Paulo: LTr, 2014.

FEREJOHN, J. A. **Judicializando a política, politizando o direito.** In: MOREIRA, L. (Org.). *Judicialização da política.* São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 63-96.

FREITAS, J. **A interpretação sistemática do direito.** 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2010.

GRAU, E. R. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

HIRSCHL, R. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política.** In: MOREIRA, L. (Org.). *Judicialização da política.* São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 131-167.

IBRAHIM, F. Z. **A previdência social na Corte Europeia de Direitos Humanos: lições para o Judiciário brasileiro.** In: BERWANGER, J. L. W.; FERRARO, S. A. (Coord.). *Previdência social no Brasil e no Mercosul.* Curitiba: Juruá, 2010. p. 115-120.

LADENTHIN, A. B. de C. **Aposentadoria especial dos servidores públicos.** In: BERWANGER, J. L. W.; FERRARO, S. A. (Coord.). *Previdência social no Brasil e no Mercosul.* Curitiba: Juruá, 2010. p. 13-26.

MARTINS, S. P. **Direito da seguridade social.** 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, G. S.; PIRES, N. S. S. **O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes.** 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2OWo-at8>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

OLIVEIRA, T. M.; AZEVÊDO, A. P. S. O Poder Judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes. In: SILVA, L. G.; VITA, J. B.; CARDIN, V. S. G. (Coord.). **Direitos fundamentais.** Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 476-491.

PEREIRA, F. T. N. Ativismo judicial e direito à saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. especial, 2015, p. 290-308. Disponível em: <<https://bit.ly/2w02xRO>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

SARLET, I. W. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso social e a garantia fundamental da propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 17, 1999. Disponível em: <<https://bit.ly/2wgPIh>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

SCHIER, A. C. R.; SCHIER, P. R. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. In: SILVA, L. G.; VITA, J. B.; CARDIN, V. S. G. (Coord.). **Direitos fundamentais.** Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 532-555.

STRECK, L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico**, Joaçaba,

ba, v, 17, n. 3, p. 721-732, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2BtygQp>> . Acesso em: 28 jul. 2018.

VALLINDER, T. **A judicialização da política:** um fenômeno mundial. In: MOREIRA, L. (Org.) *Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 15-26.