UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação

O neoconstitucionalismo no Direito Previdenciário: a problemática da aplicação de seus elementos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários de nº. 631.240/MG e 661.256/SC

Marcelo Pires Hartwig

Pelotas, 2019

Marcelo Pires Hartwig

O neoconstitucionalismo no Direito Previdenciário: a problemática da aplicação de seus elementos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários de nº. 631.240/MG e 661.256/SC

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário

Pelotas, 2019

Marcelo Pires Hartwig

O neoconstitucionalismo no Direito Previdenciário: a problemática da aplicação de seus elementos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários de nº. 631.240/MG e 661.256/SC

Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção do grau de Mestre em Direito, programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas

Data da Defesa:

Banca examinadora:

.....

Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário (Orientador)
Doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid

.....

Profª. Drª. Ana Luiza Berg Barcellos
Doutor em Política Social pela Universidade Católica de Pelotas

.....

Prof. Dr. Guilherme Camargo Massaú
Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas
Catalogação na Publicação

H337n Hartwig, Marcelo Pires

O neoconstitucionalismo no Direito Previdenciário : a problemática da aplicação de seus elementos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos recursos extraordinários de nº. 631.240/MG e 661.256/SC / Marcelo Pires Hartwig ; Marcelo Nunes Apolinário, orientador. — Pelotas, 2019.

122 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, 2019.

1. Neoconstitucionalismo. 2. Direito Previdenciário. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Constituição Federal de 1988. I. Apolinário, Marcelo Nunes, orient. II. Título.

CDDir : 341.6

Elaborada por Catarina Prestes de Carvalho CRB: 10/2046

Agradecimentos

A Deus, por uma vida de bênçãos sem fim com a qual me agracia e, principalmente, pelo dom e presente da fé.

Aos pais, Dari e Cynthia, pela incansável dedicação aos filhos, pelo afeto e por serem sempre um porto bem seguro, onde se pode, a qualquer momento, buscar apoio.

Aos irmãos, Fernando e Felipe. Fernando, pelo companheirismo de toda a vida, tendo dividido comigo até mesmo a barriga de nossa mãe, e pelo exemplo de irmão, amigo, profissional, pessoa e fé. Felipe, pela amizade de sempre, e pelo exemplo de muita dedicação, de batalha e de merecidas conquistas.

Aos avós, Udo e Erna, por todo o incentivo e suporte dado aos netos para que tivessem uma vida de fé. Estão sempre conosco em nossas memórias e em nossos corações.

Aos avós, Celso e Joana, pelo enorme carinho, torcida e entusiasmo desde sempre demonstrando em relação aos netos.

À tia, Elair, pelo grande afeto, companheirismo, auxílio e ensinamentos, tornando muito mais leves e agradáveis as muitas horas de trabalho.

À tia, Deborah, pelo carinho e pelos lindos exemplos de perseverança e alegria de viver.

À namorada, Érika, companheira de vida, pelos sempre genuínos apoio e incentivo, pelos exemplos de resiliência, dedicação, competência e afeto e, mais do que tudo, pelo amor.

Ao orientador, Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário, pela ótima relação construída, pelo acolhimento e pelos incontáveis ensinamentos, não só acadêmicos, mas também, e principalmente, de ética, retidão e honestidade.

Aos demais amigos e familiares, por serem as pessoas especiais que são e por me darem o privilégio de fazer parte das suas vidas.

Feliz é a pessoa que acha a sabedoria e que consegue compreender as coisas, pois isso é melhor do que a prata e tem mais valor do que o ouro. A sabedoria é mais preciosa do que as joias; tudo o que a gente deseja não se pode comparar com ela. A sabedoria oferece uma vida longa e também riquezas e honras. Ela torna a vida agradável e guia a pessoa com segurança em tudo o que faz. Os que se tornam sábios são felizes, e a sabedoria lhes dará vida.
(Bíblia Sagrada. Livro de Provérbios, capítulo 3, versículos 13-18. Tradução: Nova Tradução na Linguagem de Hoje)

Resumo

HARTWIG, Marcelo Pires. **O neoconstitucionalismo no Direito Previdenciário: a problemática da aplicação de seus elementos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários de nº. 631.240/MG e 661.256/SC.** Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2019.

A presente pesquisa versa sobre o fenômeno do neoconstitucionalismo no âmbito do Direito Previdenciário, mais especificamente acerca da problemática envolvendo a aplicação de seus elementos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários de nº. 631.240/MG e 661.256/SC, que abordam, respectivamente, a necessidade de prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Poder Judiciário e a viabilidade jurídica da desaposentação. O trabalho tem como principal objetivo a análise da aplicação dos fundamentos da teoria neoconstitucionalista pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Direito Previdenciário, através dos já mencionados casos concretos, ficando demonstrado que a referida aplicação redundou em decisões que mitigaram o direito social fundamental à previdência social (art. 6º da Constituição Federal). Para a elaboração do estudo, foi analisada a encruzilhada do neoconstitucionalismo no atual debate constitucional, as características elementares da teoria neoconstitucional e a postura neoconstitucionalista do Supremo Tribunal Federal na esfera do Direito Previdenciário. Foi aplicado o método dedutivo, tendo sido feita pesquisa bibliográfica e análise de conteúdo.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo; Direito Previdenciário; Supremo Tribunal Federal; Recurso Extraordinário 631.240/MG; Recurso Extraordinário 661.256/SC; Constituição Federal de 1988.

Abstract

HARTWIG, Marcelo Pires. **Neoconstitutionalism in Social Security Law: the issue of the application of its elements by the Supreme Federal Court judgements of the Extraordinary Appeals numbered 631.240/MG and 661.256/SC.** Postgraduate Program in Law, Federal University of Pelotas, Pelotas, 2019.

This work discusses the phenomenon called neoconstitutionalism in the context of Social Security Law. More specifically, this work focuses on the issue of the application of its elements by the Supreme Federal Count judgements of the Extraordinary Appeals numbered 631.240/MG and 661.256/SC, which approach, respectively, the need of previous administrative application as a prerequisite to access the Judicial Power, and the juridical viability of unretirement. The main goal of this work is to assess the application of the neoconstitutional theory by the Supreme Federal Court in the context of Social Security Law by analyzing the aforementioned cases. The conclusion is that such application was an important cause of decisions that mitigated the fundamental right to social security (6th art. Federal Constitution). This study was conducted by analyzing the neoconstitutionalism in the context of the current constitutional debate, the fundamental aspects of the neoconstitutional theory and the neoconstitutional attitude of the Supreme Federal Court in the context of Social Security Law. The deductive method was applied, and a literature search and a content analysis have been done.

Keywords: neoconstitutionalism; Social Security Law; Supreme Federal Court; Extraordiary Appeal 631.240/MG; Extraordiary Appeal 661.256/SC; 1988 Federal Constitution.

Lista de Abreviaturas e Siglas

ATC	Aposentadoria por Tempo de Contribuição
CF	Constituição Federal
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
RGPS	Regime Geral de Previdência Social

Sumário

1 Introdução **11**

2 O neoconstitucionalismo **14**

2.1 A encruzilhada do neoconstitucionalismo no debate constitucional contemporâneo **14**

2.1.1 A complexa missão de definir o fenômeno neoconstitucionalista 15

2.1.2 O contexto histórico 23

2.1.3 Aspectos filosóficos 28

2.1.4 A recepção do neoconstitucionalismo no Brasil 33

2.2 As características elementares do neoconstitucionalismo e a crítica da sua tensão com o Estado de Direito **38**

2.2.1 A força normativa da Constituição e a constitucionalização dos direitos 38

2.2.2 Regras e princípios, subsunção e ponderação 42

2.2.3 A conexão entre Direito e moral 49

2.2.4 A interpretação jurídica 54

2.2.5 Supremacia e protagonismo do Poder Judiciário 57

2.2.6 O neoconstitucionalismo e a permanente tensão com o Estado de Direito 63

3 A postura neoconstitucionalista do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Direito Previdenciário **67**

3.1 Recurso Extraordinário nº. 631.240/MG: necessidade de prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Poder Judiciário **67**

3.1.1 Síntese 67

3.1.2 Matéria infraconstitucional 68

3.1.3 O acesso à justiça: art. 5º. inc. XXXV, da Constituição Federal 69

3.1.4 A separação dos poderes: art. 2º da Constituição Federal 73

3.1.5 Prévio requerimento ou exaurimento das vias administrativas 73

3.1.6 Limites objetivos da decisão 74

3.1.7 Modulação de efeitos 76

3.1.8 Considerações práticas e sua relevância para o deslinde do julgado 78

3.2 Recurso Extraordinário nº. 661.256/SC: viabilidade jurídica da desaposentação **82**

3.2.1 Síntese 82
3.2.2 Do voto do Relator: Ministro Luís Roberto Barroso 83
3.2.2.1 Definição do instituto da desaposentação e outros conceitos relevantes 83
3.2.2.2 Questão preliminar: a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal) 84
3.2.2.3 Pano de fundo teórico: o duplo fundamento constitucional do regime geral de previdência social: contributivo e solidário 85
3.2.2.4 Desaposentação: sistema normativo 86
3.2.2.5 Equilíbrio entre as dimensões contributiva e solidária: necessidade de observância do dever de coerência 88
3.2.2.6 Necessidade de devolução dos proventos já recebidos 90
3.2.2.7 Mecanismos para a consideração dos proventos recebidos com base na primeira aposentadoria 91
3.2.2.8 Análise dos argumentos apresentados pelo INSS 93
3.2.2.9 Conclusão do voto do relator 95
3.2.3 Do voto vencedor: Ministro Dias Toffoli (redator do acórdão) 96
3.2.3.1 Art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91: constitucionalidade e interpretação 96
3.2.3.2 Das disposições constitucionais no sentido da necessidade do tratamento da matéria por lei ordinária e da inexistência de previsão legal da desaposentação 99
3.2.3.3 Considerações sobre o fator previdenciário 102
3.2.3.4 Opção pelo regime mais favorável 103
3.2.3.5 Equilíbrio atuarial, comutatividade e sistema distributivo e solidário 104
3.2.3.6 Conclusão 105
3.2.4 Argumentos extrajurídicos e seu impacto na resolução da questão 106
4 Considerações finais 114
Referências 117

1 Introdução

A presente Dissertação de Mestrado tem como tema o neoconstitucionalismo no âmbito do Direito Previdenciário, mais especificamente a problemática envolvendo a aplicação de seus elementos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários de nº. 631.240/MG e 661.256/SC, que abordam, respectivamente, a necessidade de prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Poder Judiciário e a viabilidade jurídica da desaposentação. O tema envolve o estudo do Direito Previdenciário, bem como da hermenêutica e da teoria constitucional, sendo, portanto, relevante e adequado à área de concentração (Direitos Sociais) e à linha de pesquisa nº. 1 (um) do Programa de Pós-Graduação em Direito, qual seja: Estado e Constituição.

É certo que o neoconstitucionalismo se trata de fenômeno atual e presente na doutrina e nas práticas judiciais. De modo sucinto, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo permite uma maior aplicação dos princípios constitucionais e representa uma aproximação entre o Direito e a moral, em oposição ao positivismo jurídico clássico. Os críticos ao fenômeno afirmam que o neoconstitucionalismo confere poderes em demasia aos julgadores, retirando do Poder Legislativo (representantes eleitos pelo povo) a decisão a respeito de questões políticas de grande impacto. Além disso, afirma-se que o fenômeno gera grave insegurança jurídica, na medida em que a solução por meio de princípios permite uma maior margem de atuação do Poder Judiciário, que pode, inclusive, deixar de aplicar regras expressas na solução de uma determinada controvérsia, ficando o cidadão sem saber, de antemão, que postura lhe é lícita adotar.

Portanto, o estudo do neoconstitucionalismo e da forma como ele vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal (na presente pesquisa, com específico enfoque no Direito Previdenciário) mostra-se relevante, na medida em que o neoconstitucionalismo ainda não possui contornos bem definidos e que a aplicação de seus preceitos pelo Supremo Tribunal Federal tem redundado em decisões que, ao menos em princípio, podem ser consideradas como ofensivas à própria Constituição Federal, situação que, por óbvio, jamais se pretende. Assim sendo, o estudo do tema proposto possui relevância acadêmica (permitirá uma melhor apreensão do fenômeno neoconstitucionalista e analisará decisões do Supremo

Tribunal Federal sob tal perspectiva) e se revela de interesse da sociedade em geral, que deseja e necessita do fiel cumprimento da Constituição Federal.

A pesquisa tem como principal objetivo a análise da aplicação dos fundamentos da teoria neoconstitucionalista pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Direito Previdenciário, através dos já mencionados julgados. Para tanto, serão analisados os pontos a seguir referidos, que consubstanciam os objetivos específicos do trabalho.

Inicialmente, será o neoconstitucionalismo situado no âmbito do debate constitucional contemporâneo. Este ponto envolverá a complexa missão de definir o fenômeno neoconstitucionalista, o estudo do seu contexto histórico, de seus aspectos filosóficos e da sua recepção no Brasil.

A seguir, serão abordadas as características elementares do neoconstitucionalismo, sendo analisados a questão da força normativa da Constituição e a constitucionalização dos direitos, a distinção entre regras e princípios, os métodos da subsunção e da ponderação, as implicações do neoconstitucionalismo na interpretação jurídica e a supremacia e protagonismo do Poder Judiciário. Outrossim, será apreciada a tensão do neoconstitucionalismo com os fundamentos do Estado Direito, argumento que tem sido utilizado constantemente como crítica ao fenômeno em análise.

Por fim, será estudada a postura neoconstitucionalista do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Direito Previdenciário. Para tanto, serão analisadas decisões que versam sobre temas relevantes, proferidas em sede de repercussão geral. São elas: Recurso Extraordinário nº. 631.240/MG (necessidade de prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Poder Judiciário) e Recurso Extraordinário nº. 661.256/SC (viabilidade jurídica da desaposentação). A análise das decisões será feita através da exposição dos pontos principais, sendo mencionadas as posições divergentes (tese vencida e tese vencedora) e verificando-se a presença de elementos do neoconstitucionalismo nas manifestações dos ministros, bem como a implicação de tais elementos no deslinde dos casos.

Como hipótese central, tem-se que a aplicação dos elementos do neoconstitucionalismo pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos casos acima mencionados fez com que argumentos de ordem extrajurídica (por exemplo, razões morais dos ministros) tenham tido forte influência no resultado proferido.

Para a realização do estudo, foi utilizado o método dedutivo, partindo-se das premissas e conceitos presentes nos conhecimentos disponíveis, de modo a possibilitar que se chegue à resposta ao problema proposto com a menor margem de erro possível. Outrossim, foram utilizados os seguintes procedimentos: pesquisa bibliográfica (para a análise de todas as questões teóricos envolvendo o neoconstitucionalismo - capítulo 2, bem como para o aprofundamento de pontos específicos presentes nos julgados objeto de estudo – capítulo 3) e análise de conteúdo (para a apreciação das já referidas decisões judiciais - capítulo 3).

2 O neoconstitucionalismo

2.1 A encruzilhada do neoconstitucionalismo no debate constitucional contemporâneo

Em que pese as muitas discussões a seu respeito, é certo que o fenômeno do neoconstitucionalismo tem marcado forte presença nos debates teóricos e na aplicação do Direito no Brasil em tempos recentes (ÁVILA, 2009, p. 1). Na doutrina nacional, encontram-se tanto defensores quanto críticos ferrenhos. De um lado, os apoiadores sustentam que "o constitucionalismo vive um momento sem precedentes, de vertiginosa ascensão científica e política." (BARROSO, 2001, p. 7). De outro, afirma-se a insustentabilidade das teses que dão suporte ao neoconstitucionalismo (BARBERIS, 2006, p. 24).

Para que se possa compreender o fenômeno, é importante ter em vista o contexto em que está inserido. Para o início da análise deste contexto, cumpre trazer as lições de Miguel Carbonell:

> El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada díaconmás seguidores, sobre todo em el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente enlos grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de um fenómeno escassamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente llevará todavia algunos años (CARBONELL, 2010a, p. 153).

Para o autor, portanto, o neoconstitucionalismo é um fenômeno (relativamente) recente, que está inserido no Estado Constitucional contemporâneo e que conta com cada vez mais adeptos em muitos países, inclusive no Brasil.

Para explicar o neoconstitucionalismo, a doutrina costuma referir que o mesmo está atrelado a alterações importantes ocorridas na compreensão constitucional. Eduardo Cambi (2007, p. 3) afirma que as mais importantes delas se referem aos aspectos histórico, filosófico e teórico, aspectos estes que serão abordados no decorrer da presente pesquisa. Chega-se a afirmar, inclusive, a ocorrência de uma alteração de paradigma jurídico, conforme refere Luís Roberto Barroso:

> As fórmulas abstratas da lei e a discrição judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido (BARROSO, 2001, p. 8).

Um maior protagonismo do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo ("da Lei para o juiz"), acima apontado, encontra significativo apoio em países nos quais há maior desconfiança do seu regime democrático e, por consequência, nos representantes eleitos, como é o caso de muitos países da América Latina (MARTINS, 2017, p. 29).

Apesar da existência de considerável bibliografia a respeito, ainda persistem muitas dúvidas sobre o neoconstitucionalismo, havendo, por exemplo, diversos autores que questionam se tal nomenclatura realmente diz respeito a algo novo, sendo necessário perquirir sobre o que está sendo tratado quando se está a falar de neoconstitucionalismo (CARBONELL, 2010a, p. 153-154).

Para que se possa tentar definir com maior precisão os contornos do neoconstitucionalismo, serão analisados, na sequência, a problemática envolvendo sua nomenclatura, o contexto histórico, os aspectos filosóficos a ele atinentes e a sua recepção no Brasil.

2.1.1 A complexa missão de definir o fenômeno neoconstitucionalista

Como já se destacou, o termo "neoconstitucionalismo" não possui definição uniforme, o que gera certa dificuldade na análise do fenômeno. A seguir, serão demonstradas as diversas posições doutrinárias a este respeito e se buscará apresentar contornos mais precisos do fenômeno em estudo.

Ensina Miguel Carbonell que o neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgiram após a Segunda Guerra Mundial, especialmente a partir dos anos setenta do século XX. Essas Constituições teriam como característica não apenas o estabelecimento de competências, mas também a presença de uma série de direitos fundamentais, o que traz uma mudança na relação entre Estado e cidadão. Para o autor, a Constituição Federal do Brasil de 1998 seria um exemplo deste tipo de Constituição (CARBONELL, 2010a, p. 154).

Associação geralmente feita ao fenômeno neoconstitucioalista é a de que o mesmo diz respeito ao constitucionalismo contemporâneo, representando algo

diferente do passado, uma verdadeira ruptura, por assim dizer. Nessa linha, Ana Paula de Barcellos ensina o seguinte:

> A expressão "neoconstitucionalismo" tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo. O prefixo *neo* parece transmitir a idéia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional (BARCELLOS, 2005, p. 83).

Luís Roberto Barroso aduz que o prefixo “neo” indica algo que sabidamente veio depois e que possui a pretensão de novidade. O autor reconhece que o neoconstitucionalismo ainda não está definido de modo preciso, bem como, inclusive, que o mesmo pode ser um avanço ou até mesmo um retrocesso (BARROSO, 2005, p. 2).

Há, também, autores severamente críticos acerca dos elementos definitórios que habitualmente são atribuídos ao neoconstitucionalismo. Dimitri Dimoulis apresenta crítica frontal à definição oferecida por Luís Roberto Barroso, em razão de considerar seu artigo intitulado “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito” como uma referência no debate nacional, servindo, por isso, de base para uma crítica geral (DIMOULIS, 2008, p. 2). Cumpre analisar, mais detidamente, a pesquisa publicada pelo referido autor.

Inicialmente, Dimoulis manifesta que a expressão “neoconstitucionalismo” gera controvérsias, havendo defensores, críticos que reconhecem algumas vantagens e autores que afirmam que o neoconstitucionalismo trata-se de um desastre. Em que pese a divergência existente, o autor refere que parece haver consenso no sentido de que a conjuntura atual da teoria jurídica pode receber o rótulo de “neoconstitucionalista”, ainda que seu conteúdo não seja claro (DIMOULIS, 2008, p.1-2).

O autor inicia sua análise sintetizando os elementos apontados por Barroso, expressando, de antemão, sua posição, nos termos seguintes:

> Segundo o Prof. Barroso, o neoconstitucionalismo apresenta três características básicas:
> – Reconhecimento da força normativa da Constituição. Até a Segunda Guerra Mundial, a Constituição era tida, na Europa, como “documento

> essencialmente político", sem força jurídica. Não havia um papel ativo para o Judiciário como guardião da Constituição.
> – Expansão da jurisdição constitucional. A partir da Segunda Guerra Mundial foram criadas em vários países europeus Cortes Constitucionais, propiciando uma tutela mais adequada dos direitos fundamentais.
> – Nova interpretação constitucional. A interpretação constitucional utiliza elementos normativos caracterizados pela abstração, tais como os princípios e as cláusulas gerais e emprega as técnicas da ponderação entre direitos e interesses, rejeitando a tese, positivista e/ou legalista, segundo a qual o sistema jurídico é composto de regras (concretas), cabendo ao aplicador tão somente subsumir os casos concretos sob essas regras. Segundo a abordagem neoconstitucional, em casos de colisão entre princípios abstratos, "a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto".
> Em nosso entendimento, nenhum desses elementos permite definir de maneira satisfatória o neoconstitucionalismo (DIMOULIS, 2008, p. 8-9).

O autor entende que o principal problema dos elementos apresentados por Barroso é a falta de especificidade, uma vez que tais elementos estão presentes desde o início do constitucionalismo, tanto na produção normativa como na doutrina do século XIX (DIMOULIS, 2008, p. 13).

Ponto também criticado pelo autor é que grande parcela da doutrina utiliza as expressões "constitucionalismo" e "neoconstitucionalismo" como sinônimas, o que, a seu ver, ocorre com maior frequência na doutrina estrangeira, ao passo que, no Brasil, prevalece o entendimento da existência de uma ruptura, havendo, desta forma, um constitucionalismo antigo e um novo. Neste ponto, a crítica do autor consiste, sinteticamente, na redundância de se utilizar termos diversos para se referir à ratificação da relevância da Constituição, dos princípios nela constantes e dos direitos fundamentais, eis que não haveria novidade alguma nisso, tampouco a necessidade de serem feitos debates a reste respeito (DIMOULIS, 2008, p. 14-15).

O autor apresenta, ainda, uma possibilidade de definição do neoconstitucionalismo na qual se acrescentaria ao já reconhecido elemento da supremacia constitucional a seguinte característica: a moral desempenharia papel relevante na identificação e interpretação do Direito (DIMOULIS, 2008, p. 16).

Por fim, afirma o autor que a definição do termo "neoconstitucionalismo" deverá se dar através da escolha entre dois caminhos. O primeiro seria tratá-lo como sinônimo do constitucionalismo. O segundo, a admissão da aplicação da moral no campo do Direito Constitucional, representando uma proposta modernizadora do jusnaturalismo. De qualquer forma, o autor coloca em dúvida a utilidade do termo "neoconstitucionalismo", uma vez que, em qualquer dos caminhos referidos, o mesmo não apresenta conteúdo original (DIMOULIS, 2008, p. 17).

Outro aporte teórico relevante sobre o presente ponto é o de Humberto Ávila. O autor refere não existir apenas um conceito de neoconstitucionalismo, sendo inviável a elaboração de uma teoria única sobre o fenômeno. Entende, contudo, ser possível referir supostas mudanças fundamentais, quais sejam: princípios em vez de regras, ponderação em vez de subsunção, justiça particular em vez de justiça geral, Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo e maior aplicação da Constituição em vez da Lei (ÁVILA, 2009, p. 1-2). Tais mudanças, na visão do autor, possuem íntima relação umas com as outras, da seguinte forma:

> As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação (ÁVILA, 2009, p. 2).

Autor também crítico da nomenclatura “neoconstitucionalismo” é Lenio Luiz Streck. Pare ele, o termo gera ambiguidades e até mesmo mal-entendidos. Afirma que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação do que ele denomina “paleo-juspositivismo”, uma vez que se limita a afirmar as críticas antiformalistas dos defensores da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e da jurisprudência dos valores (STRECK, 2011, p. 11-13).

Para Daniel Sarmento, o termo “neoconstitucionalismo” passou a ser utilizado com grande frequência pela doutrina brasileira especialmente após a coletânea intitulada “Neoconstitucionalismo(s)”, organizada por Miguel Carbonell, cuja publicação ocorreu no ano de 2006 (SARMENTO, p. 1). Afirma o autor que a definição do fenômeno não é tarefa simples, uma vez que não há uma concepção clara e coesa que o represente, havendo, somente, diversas visões que guardam entre si denominadores comuns relevantes (SARMENTO, p. 2).

Ao apresentar sua posição pessoal, Sarmento afirma que sua adesão (ou não) ao neoconstitucionalismo dependerá do significado que se adote para explicar o fenômeno. Nas palavras do autor:

> Ao fim da leitura destas páginas, o leitor pode estar se indagando se eu me alinho ou não ao neoconstitucionalismo. A minha resposta é: depende da compreensão que se tenha sobre o neoconstitucionalismo. Se entendermos o neoconstitucionalismo de acordo com a conhecida definição de Luis Prietro Sanchís, como uma teoria do Direito que se orienta pelas máximas de *"más princípios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia de la Constituciónen todas las áreas jurídicas y en todos conflitos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomia del legislador ordinário; y, por ultimo, coexistência de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica"*, certamente eu não me considero um neoconstitucionalista. De todas as afirmações do professor espanhol, a única de que não discordo é aquela relacionada ao pluralismo de valores, cujo reconhecimento, aliás, está longe de ser privilégio dos neoconstitucionalistas.
> Contudo, eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo. (SARMENTO, p. 19).

Ao salientar que sua posição dependerá da compreensão adotada, o autor deixa clara a existência de entendimentos inconciliáveis que podem, todos eles, ser considerados neoconstitucionalistas, o que deixa ainda mais evidente a importância de uma definição do termo.

Sarmento faz também um alerta, no sentido de que uma concepção radical do neoconstitucionalismo pode acabar enfraquecendo sobremaneira a segurança jurídica, a democracia e a liberdade, o que, por certo, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, o qual, para ser aperfeiçoado, demanda uma visão equilibrada da teoria do Direito (SARMENTO, 19-20).

Ponto também digno de atenção diz respeito ao histórico do termo. Nesse sentido, vale mencionar as lições de Mauro Barberis (2006). Para o autor, o conceito de neoconstitucionalismo tem sido excessivamente dilatado, razão pela qual propõe uma redefinição (BARBERIS, 2006, p. 21).

Para o autor, o neoconstitucionalismo deve ser compreendido como uma doutrina intermediária ao jusnaturalismo e ao juspositivismo, havendo, entre Direito e moral, uma necessária interligação, ainda que limitada. Aduz o autor que, para os neoconstitucionalistas, a tese (positivista) da rígida separação entre Direito e moral

não mais valeria a partir do Estado Constitucional do século XX, tendo em vista que as Constituições, a partir deste século, teriam incorporado a moral através dos princípios. Sustenta o autor que, segundo os neoconstitucionalistas, o Direito injusto, em desacordo com a moral, seria inválido, podendo ser, portanto, anulado. Os parâmetros externos de justiça teriam passado a ser considerados internos ao Direito positivo por meio da Constituição (BARBERIS, 2006, p. 21).

Suzanna Pozzolo, assim como Barberis, afirma que o termo "neoconstitucionalismo" foi criado, originariamente, para identificar uma perspectiva jusfilosófica situada entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, com o intuito de aproveitar os méritos e eliminar os defeitos de cada um. Afirma a autora que, com a passagem do tempo, a expressão sofreu modificações, passando a indicar fenômenos diversos (POZZOLO, 2006, p. 232).

Atribui-se a referida autora a utilização do termo "neoconstitucionalismo" pela primeira vez, o que ocorreu em conferência ministrada no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, no ano de 1997, na cidade de Buenos Aires. A autora utilizou a expressão para fazer referência a um "grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho" (MARTINS, 2017, p. 7).

Vale mencionar, ainda, as lições de Ricardo Marcondes Martins a respeito da pertinência do vocábulo "neoconstitucionalismo".

Martins observa que, para alguns autores, a denominação seria inapropriada, independentemente das premissas teóricas que lhe sejam associadas. Isso ocorreria em razão de duas razões principais.

A primeira seria que o termo abrange teorias diversas, insuscetíveis de inserção em uma mesma classe, uma vez que não haveria características comuns o suficiente para justificar o agrupamento. A segunda razão parte da constatação de que o termo se refere à atual fase do constitucionalismo. Ocorre que, com a passagem do tempo, certamente haverá outras fases, fazendo com que a nomenclatura entre em conflito com as fases vindouras. Sendo inviável a repetição do prefixo "neo", a nomenclatura seria inapropriada. Além disso, o neoconsticuionalismo não implica, necessariamente, em uma superação da fase anterior, havendo, isso sim, um constante processo de melhoramento (MARTINS, 2017, p. 8-9).

O autor enfrenta os argumentos expostos, discordando de ambos. Sobre o primeiro, afirma que quase todas as teorias abarcadas por certo movimento

possuem características específicas que as diferenciam das demais. O que se exige é a presença de traços comuns, aproximando-as de um determinado paradigma. É inegável, na visão do autor, que as teorias neoconstitucionalistas, apesar de possuírem elementos peculiares, aproximam-se, em diferentes medidas, do paradigma do "neoconstitucionalismo". O que este "rótulo" indica é justamente um modelo, em relação ao qual as teorias irão aproximar-se mais ou menos (MARTINS, 2017, 9-10).

Ao abordar o segundo argumento, sustenta o autor, inicialmente, que, para a aceitação de um termo científico, importa verificar se o mesmo possui utilidade científica e se sua utilização foi consagrada pela comunidade científica. Ao considerar que o neoconstitucionalismo se refere a um determinado paradigma (conforme acima explicado), estaria constatada sua utilidade. Além disso, seria incontestável o fato de que a expressão está consagrada na terminologia da Ciência do Direito. Examinando a inconveniência da impossibilidade de qualificar futuras fases do constitucionalismo como "novas", o autor utiliza a seguinte analogia para posicionar-se contra tal argumento:

> Resta examinar a suposta inconveniência na identificação de novas fases do constitucionalismo e a impossibilidade de também as qualificar como "novas". Esse inconveniente nunca foi um problema na Ciência. Retoma-se o exemplo da teoria literária: qualifica-se certo movimento literário como "modernismo", rótulo já consagrado na teoria literária;[31] ninguém nunca supôs que com esse movimento cessou a história da literatura. Outros movimentos subsequentes serão, por óbvio, mais modernos que o "modernismo", fato que em nada prejudica o uso e a compreensão do termo. Da mesma forma que seria ridículo pretender suprimir a denominação "modernismo" dos movimentos literários sob o argumento de que o referido movimento não pôs fim à história da literatura e, pois, não impediu que haja uma fase mais moderna do que a que se convencionou chamar de "modernismo", é estapafúrdio negar o "neoconstitucionalismo" sob o argumento de que ele não impede a evolução do constitucionalismo (MARTINS, 2017, p. 10-11).

Para o autor, portanto, o "rótulo" neoconstitucionalismo, apesar de algumas objeções que possam ser feitas, deve ser mantido e sua utilização não gera maiores dificuldades.

Por fim, cumpre trazer as lições de Paolo Comanducci, para quem o neoconstitucionalismo pode ser classificado em três diferentes formas: neoconstitucionalismo teórico, neoconstitucionalismo ideológico e neoconstitucionalismo metodológico. A classificação foi assim formulada em virtude

das três acepções de positivismo jurídico propostas por Noberto Bobbio. Desta forma, entende o autor que, ainda que tal agrupamento possa ser “um pouco forçado”, ficará facilitada uma confrontação entre os tipos de positivismo com os tipos de neoconstitucionalismo (COMANDUCCI, 2009, p. 82).

A respeito do neoconstitucionalismo teórico, afirma o autor que o neoconstitucionalismo tem por características uma Constituição “invasora”, a previsão (“positivação”) de uma série de direitos fundamentais, a presença de princípios e regras na Constituição e algumas peculiaridades de interpretação e aplicação das normas constitucionais. Tais elementos representariam uma alternativa ao juspositivismo tradicional, que tem, na visão do autor, o estadismo, o legicentrismo e o formalismo como principais características (COMANDUCCI, 2009. p. 83).

O neoconsitucionalismo ideológico, para o autor, distingue-se da ideologia constitucionalista, uma vez que tem como objetivo maior a garantia de direitos fundamentais, ficando em segundo plano o objetivo de limitação do poder estatal, questão primordial no constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX (COMANDUCCI, 2009, p. 85).

No que se refere ao neoconstitucionalismo metodológico, menciona que o mesmo se contrapõe aos corolários do positivismo metodológico e conceitual, que são as teses das fontes sociais do Direito e a da não conexão necessária entre Direito e moral. O neoconstitucionalismo metodológico sustentaria algo diverso, ao menos nas situações relacionadas ao Direito Constitucional, havendo uma necessária conexão entre Direito e moral, através dos princípios constitucionais e os direitos fundamentais (COMANDUCCI, 2009, p. 86-87).

Diante de tudo isso, verifica-se que o conceito de neoconstitucionalismo é questão complexa e controvertida, podendo-se, a depender do posicionamento adotado, utilizar a expressão para fazer referência a fenômenos diversos. Por esta razão, entende-se mais adequada a análise do fenômeno a partir dos elementos que geralmente lhe são atribuídos pela doutrina, o que se fará em momento posterior (tópico 2.2).

2.1.2 O contexto histórico

A fim de que se possa compreender melhor o que é o fenômeno do necosontitucionalismo, fundamental analisar-se o contexto histórico no qual está inserido. É o que se passa a fazer.

Entende Luís Roberto Barroso (2005, p. 2) que há três marcos fundamentais da trajetória percorrida pelo Direito Constitucional nas últimas décadas, quais sejam: o histórico, o teórico e o filosófico. Neste momento, como já se afirmou, será estudado apenas o aspecto histórico, uma vez que os demais serão analisados mais à frente, de forma específica.

Inicialmente, cumpre assinalar que a expressão “neoconstitucionalismo” é decorrente do constitucionalismo, que diz respeito à doutrina da limitação jurídica do poder político, bem como às instituições (especialmente as Constituições) pelas quais se implementa a referida limitação (BARBERIS, 2006, p. 19).

Segundo Barbosa (2017, p. 1118-1119), o constitucionalismo (europeu) consiste em um processo histórico de afirmação dos direitos fundamentais, os quais, inicialmente, voltavam-se à limitação poder estatal (direitos individuais; ou de primeira geração), e, em um momento posterior (após a revolução industrial), passaram a assumir, também, um perfil de pontencializadores da ação do Estado (direitos sociais, ou de segunda geração). Para a autora, o constitucionalismo pode ser compreendido como o conjunto de narrativas a respeito do papel a ser desempenhado pela Constituição.

Para Ricardo Marcondes Martins (2017, p. 3), o constitucionalismo se refere a uma específica técnica de limitação de poder, originada das revoluções Norte-Americana e Francesa, das quais decorreram as Constituições Norte-Americana de 1787 e a Francesa de 1971, que marcam a origem do fenômeno.

Martins ressalta que as normas constitucionais possuem duas características principais: supremacia (revogam normas anteriores materialmente incompatíveis e posteriores material ou formalmente incompatíveis) e rigidez (sua alteração ocorre através de procedimento mais complexo do que o utilizado para a alteração dos textos infraconstitucionais). O modelo constitucionalista, aduz o autor, é adotado pela grande maioria dos Estados na atualidade (MARTINS, 2017, p. 4-5).

O autor destaca que o neoconstitucionalismo se desenvolve a partir do elemento da supremacia constitucional, característica que deu base à *judicial review*,

que consiste na compreensão de que, a partir da premissa da supremacia da Constituição, cabe ao Poder Judiciário invalidar normas a ela contrárias. A teoria foi acolhida pela primeira vez no conhecido caso *Marbury versus Madison*, de 1803, que consagrou o modelo difuso de controle de constitucionalidade, no qual cada juiz possui competência para invalidar uma norma que viole a Constituição. Outro modelo de controle de constitucionalidade, largamente utilizado na Europa Ocidental, é o do controle concentrado, que tem em Hans Kelsen seu principal nome em termos doutrinários (MARTINS, 2017, p. 5-6).

Ainda sobre a *judicial review* e o caso *Marbury versus Madison*, explica Eduardo Cambi:

> A *judicial review* aproxima o Direito da Política, permitindo que ações governamentais sejam contestadas perante o Poder Judiciário. Para que se possa enfrentar as críticas que tal controle tem suscitado, já que, segundo seus opositores, fere a clássica tripartição dos poderes, é antidemocrático e conduz a ditadura do Judiciário, é preciso compreender as suas origens históricas, a partir da análise do caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte norte-americana.
> No final de 1801, antes do término de seu mandato, o Presidente norte-americano John Adams apontou Willian Marbury para um cargo no judiciário federal norte-americano. O novo Presidente, Thomas Jefferson, do partido rival, assumiu antes que Willian Marbury tomasse posse e recusou a sua nomeação ao cargo de juiz federal. Inconformado Marbury demandou James Madison, secretário de Estado de Thomas Jefferson, na Suprema Corte, a fim de que o Judiciário ordenasse Jefferson a nomeá-lo magistrado federal. James Madison simplesmente não contestou o pedido, ignorando que a matéria estivesse pendente no Judiciário. O Presidente da Suprema Corte John Marshall, que havia sido secretário de Estado de John Adams, foi colocado em situação difícil, pois, se determinasse que Marbury fosse empossado, não teria como implementar o comando e a Suprema Corte ficaria desmoralizada; por outro lado, o mesmo Tribunal ficaria desmoralizado se desse razão a Jefferson que tinha ignorado à demanda. Diante deste impasse, John Marshall, após criticar Jefferson e a política de seu partido, considerou inconstitucional (nulo) o Ato Judiciário de 1799, que fundamentava a pretensão de Marbury. Em outras palavras, Marshall deu razão a Marbury, mas considerou que seu pedido estava calcado em regra inconstitucional. Com isto, não enfrentou o Presidente Thomas Jefferson, salvou a Suprema Corte do descrédito e deu início ao controle de constitucionalidade nos Estados Unidos (CAMBI, 2007, p. 9).

Na doutrina, há muitos adeptos da ideia de que as Constituições, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, passaram a apresentar um amplo rol de direitos fundamentais, mostrando-se um instrumento de grande importância contra o abuso de poder por parte do Estado. Entende o autor que é neste contexto que surge o neoconstitucionalismo (MARTINS, 2017, p. 6).

É este também o entendimento de Barroso (2005, p. 2), para quem o marco histórico do neoconstitucionalismo foi o constitucionalismo do segundo pós-guerra, principalmente na Itália e Alemanha. A “reconstitucionalização” ocorrida na Europa após a Segunda Guerra Mundial redefiniu o papel da Constituição. Houve uma aproximação entre o constitucionalismo e a Democracia, do que se originou o Estado Democrático de Direito. O autor tem como principais referências deste “novo direito constitucional” a Lei Fundamental de Bonn (Constituição da Alemanha), de 1949, e a criação, neste mesmo país, do Tribunal Constitucional Federal, que foi instalado no ano de 1951. Menciona o autor que, daí em diante, houve intensa produção doutrinária e jurisprudencial neste sentido. Cumpre destacar, também, a Constituição italiana de 1947 e a instalação da Corte Constitucional do país, no ano de 1956, bem como a redemocratização de Portugal, em 1976, e da Espanha, em 1978, que avolumaram o debate sobre este novo constitucionalismo (BARROSO, 2005, p. 3).

Ana Paula de Barcellos também se manifesta no sentido de que, após a Segunda Guerra Mundial, os textos constitucionais passaram a conter de forma expressa elementos normativos vinculados a valores (mormente à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais) ou a opções políticas gerais (*v.g.*, redução das desigualdades) e específicas (como a prestação estatal dos serviços de educação). Para a autora, esses elementos surgem como uma reação a regimes políticos que estabeleceram verdadeiras barbáries, como os regimes nazista e fascista (BARCELLOS, 2005, p. 85-86).

Para Eduardo Cambi, acerca do aspecto histórico, as transformações de maior relevância no Direito Constitucional contemporâneo ocorreram a partir da Segunda Guerra Mundial, podendo ser apontadas, assim como fez Barroso, conforme já exposto, a Lei Fundamental de Bonn (1949), a Constituição italiana (1947), a Constituição portuguesa (1976) e a Constituição espanhola (1978). O autor menciona que, após a queda dos regimes totalitários (nazismo e fascismo), entendeu-se ser preciso a criação de direitos e garantias fundamentais para a proteção do cidadão em face dos detentores do poder (tanto o poder estatal como outras manifestações de poder, como o econômico) e ferramentas para o controle de constitucionalidade (jurisdição constitucional) (CAMBI, 2007, p. 4).

Neste novo cenário, aduz o autor que a dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico do sistema jurídico, gerando efeitos inclusive nas relações

privadas (quando, por exemplo, um dos sujeitos venha a ter um direito violado em função da manifestação de poder do outro), não apenas entre o Estado e cidadão (CAMBI, 2007, p. 5). Neste contexto, a dignidade da pessoa humana passa a ser considerada por muitos como “o direito fundamental dos direitos fundamentais” (MENDES, 2013, p. 84). A sua constitucionalização passa a impregnar toda a ordem jurídica, por ser ele seu elemento fundante, um “superprincípio” constitucional (ROCHA, 2001, p. 55).

Para Daniel Sarmento, até a Segunda Guerra Mundial prevalecia uma cultura jurídica que tratava a Lei, editada pelo Poder Legislativo, como fonte exclusiva. As Constituições não possuíam força normativa, tidas apenas como programas políticos a inspirar a atuação do legislador. As Constituições não podiam, portanto, ser invocadas junto ao Poder Judiciário. Afirma o autor que, após a guerra, em função da percepção de que as maiorias políticas podem implementar a barbárie, houve significativa mudança do cenário jurídico europeu, passando as Constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, a fim de conferir proteção aos direitos fundamentais, inclusive em face da atuação do Poder Legislativo. As constituições, então, deixam de ser meras cartas procedimentais, que deixavam quase tudo para as decisões do Poder Legislativo, e passam a conter uma série de normas de elevado teor axiológico, que contém relevantes decisões substantivas, abordando temas como economia, relação de trabalho, entre outros. A Constituição passa a influenciar todo o ordenamento jurídico. Esses fenômenos, em momento posterior, ocorreram, com particularidades próprias, em países considerados de Terceiro Mundo, como África do Sul, Argentina, Brasil, Colômbia e Índia (SARMENTO, p. 2-3).

Em relação ao aparente consenso acerca do contexto histórico, Dimitri Dimoulis apresenta contraponto, opondo-se a ideia de que o movimento posterior à Segunda Guerra Mundial é que teria atribuído força normativa à Constituição. Conforme já se referiu, o autor apresenta crítica direta a trabalho publicado por Luís Roberto Barroso.

Afirma Dimoulis que as Constituições, desde o início do século XIX, sempre foram vistas como superiores à Lei ordinária. Aduz o autor:

> Sem caráter jurídico–normativo–vinculante e sem superioridade em relação às demais fontes do direito, a Constituição perde seu sentido: torna–se uma simples lei com majestoso nome. Isso vale hoje com a mesma necessidade

> conceitual com a qual valia (e era reivindicado) no século XVIII. (...) E se a Constituição, devemos completar, for uma simples lei obrigatória, semelhante às demais, o termo "Constituição" perde seu significado jurídico. (...)
> Em paralelo, as Constituições rígidas nunca foram pensadas como simples repositórios de dispositivos formalmente superiores, como acreditam os partidários do neoconstitucionalismo, alegando que só tivemos a "materialização" das Constituições e a introdução de valores em seu texto após a Segunda Guerra Mundial.
> A Constituição sempre foi pensada como decorrência e expressão de um projeto político que objetivava garantir, na maioria dos casos, sistemas capitalistas em sua versão liberal e instaurando a democracia representativa. Nesse sentido, as Constituições sempre foram materiais e carregadas de valores (*wertgeladen*) (DIMOULIS, 2008, p. 3-4).

O autor refuta, ainda, a possível afirmação de que a supremacia constitucional nos séculos XVIII e XIX era mero recurso retórico, havendo, na realidade, ampla predominância do Poder Legislativo. Tal afirmação iria de encontro à própria história, que demonstra o papel ativo assumido pelo Poder Judiciário na defesa da supremacia da Constituição e proteção dos direitos fundamentais desde o começo do fenômeno do constitucionalismo. Nesse sentido, o autor faz alusão ao já referido caso *Marbury versus Madison,* cuja decisão acrescentou o controle de constitucionalidade das Leis Federais ao já existente controle de constitucionalidade de Leis e Constituições Estatuais em face da Constituição Federal (DIMOULIS, 2008, p. 5).

Assim sendo, refere o autor que o a afirmação da força normativa e da supremacia da Constituição não é uma novidade do neoconstitucionalismo, eis que presente no constitucionalismo já no início do século XVII (DIMOULIS, 2008, p. 8-9).

Pelo que foi acima exposto, nota-se a existência de forte corrente doutrinária apontando que o fenômeno do neoconstitucionalismo surgiu (ou foi, em grande, medida, fortalecido) após a Segunda Guerra Mundial. Por outro lado, há, também, autores que sustentam a ideia de que as características do neoconstitucionalismo já se encontravam presentes em momentos anteriores da história, razão pela qual seria equivocado afirmar-se que seu surgimento se deu a partir do segundo pós-guerra. Em que pese os bons argumentos apresentados pela crítica, entende-se que o movimento do segundo pós-guerra pode, sim, ser considerado como um marco temporal inicial do neoconstitucionalismo. Ainda que se possa afirmar que seus elementos já existiam, se entende que, a partir deste marco temporal, tais características ganharam muita força, aparecendo de forma mais clara e possuindo maior relevância no cenário constitucional.

2.1.3 Aspectos filosóficos

No presente tópico, serão analisados os aspectos filosóficos sobre os quais está assentado o fenômeno neoconstitucionalista. Trata-se de ponto relevante, uma vez que, como já mencionado, os defensores do neoconstitucionalismo indicadam a existência de três marcos principais, sendo que um deles é justamente o filosófico, ao lado dos marcos histórico e teórico, conforme referido por Barroso (2005, p. 2).

O referido autor possui publicação específica a respeito dos fundamentos teóricos e filosóficos do que ele denomina como “novo Direito Constitucional brasileiro” (2001). Cumpre iniciar o presente tópico apontando algumas abordagens de temáticas relevantes feitas pelo referido (neo)constitucionalista.

A respeito do jusnaturalismo, afirma o autor que esta importante corrente filosófica está fundada na ideia de um direito natural que tem validade em si, partindo da premissa da existência de um conjunto de valores presentes na sociedade que independem do direito posto. O referido direito natural seria legitimado por uma ética superior. A corrente se contrapõe à outra de grande relevância e influência, que é a do positivismo jurídico (BARROSO, 2001, p. 17-18).

A expressão jusnaturalismo é utilizada para indicar fases históricas e conteúdos diversos, que se referem aos tempos da antiguidade clássica, passando por densa elaboração no decorrer da Idade Média e chegando ao atual momento da história. Inicialmente formado em um ambiente teológico, o jusnaturalismo passa, a partir do século XVI, a afastar-se das ideias teológicas, enfatizando a razão humana, o que se consolidou a partir do século XVII (BARROSO, 2001, p. 18).

Afirma Barroso (2001, p. 20) que o surgimento do Estado Liberal, a consolidação do constitucionalismo e o êxito do movimento de codificação ilustram o ápice do direito natural, bem como, paradoxalmente, a sua superação. No começo do século XIX, os direitos haviam sido incorporados aos ordenamentos positivos, já não mais trazendo a ideia de revolução, mas sim de conservação. Caracterizado como anticientífico, o direito natural sai de cena, surgindo, com muita força, o positivismo jurídico do século XIX.

O positivismo jurídico origina-se do positivismo filosófico, que, nas palavras do autor, pode ter suas principais teses sintetizadas da seguinte maneira: i) o único conhecimento verdadeiro é o científico, eis que livre de questionamentos de ordem teológica ou metafísica; ii) a ciência é dotada de objetividade, fundando-se na

distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, evitando a interferência de opiniões ou preferências; iii) a observação e a experimentação, de larga utilização nas ciências naturais, deve ser estendida aos demais ramos do conhecimento, inclusive ao Direito. O positivismo jurídico traz consigo a pretensão de criação de uma ciência jurídica dotada de objetividade, enfatizando a realidade observável, deixando em segundo plano as considerações de ordem filosófica e separando o Direito da moral. O Direito, portanto, é norma, é um ato emanado do Estado, com as características da imperatividade e da força coativa (BARROSO, 2001, p. 21).

Com algumas variações, é no normativismo de Hanks Kelsen o ponto alto do positivismo jurídico, que possui, nas palavras do autor, as seguintes características essenciais:

> (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
> (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado;
> (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;
> (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independendo do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão. (BARROSO, 2001, p. 22).

Nas primeiras décadas do século XX, o positivismo era a teoria dominante entre os juristas. Com o decorrer do tempo, passou a sofrer duras críticas, culminando em sua derrota histórica. Para o autor, em momento algum se mostrou possível uma satisfatória transposição dos métodos aplicados às ciências naturais e exatas para a esfera das humanidades. O Direito não tem e nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, uma vez que tem a pretensão constante de atuação e transformação da mesma (BARROSO, 2001, p. 22).

Para o autor, o legalismo acrítico, conforme proposto pelo positivismo, serviu como base para atos de autoritarismo, eis que a ordem estabelecida, qualquer que fosse, seria considerada justa em função de ter sido positivada. Entende o autor que esta concepção deu suporte aos regimes fascista e nazista, que promoveram uma barbárie protegida pela legalidade. Nesse sentido, afirma Barroso que a queda desses regimes está associada a do positivismo jurídico. Após a Segunda Guerra Mundial, não havia mais espaço para a aceitação de um ordenamento jurídico indiferente a valores (BARROSO, 2001, p. 23).

Diante disso, o autor entende ter havido a superação histórica do jusnaturalismo, bem como o fracasso político do positivismo jurídico, o que abriu espaço para um novo conjunto de reflexões acerca do Direito, ainda inacabadas, que podem receber a nomenclatura provisória de pós-positivismo, no qual estariam incluídas “a definição das relações entre valores, princípios e regras (...) e a teoria dos direito fundamentais” (BARROSO, 2001, p. 23).

Barroso refere que o movimento pós-positivista não tem o objetivo de desconstrução, guardando, portanto, deferência ao ordenamento positivo, mas introduz (ou reintroduz) as ideias de justiça e legitimidade, de uma retomada dos valores e de uma reaproximação entre ética e Direito. Tais valores estão contidos na Constituição, de modo expresso ou implícito, materializando-se através dos princípios (BARROSO, 2001, p. 24). Acerca do vem a ser o pós-positivismo, o autor oferece a seguinte síntese:

> Encerra-se esse tópico com uma síntese das principais idéias nele expostas. O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana. (BARROSO, 2001, p. 33).

Para Luigi Ferrajoli, o constitucionalismo, enquanto sistema jurídico, significa o conjunto dos limites e vínculos impostos aos poderes, ao passo que, enquanto teoria do direito, equivale à concepção de validade das leis baseada não mais apenas em aspectos formais e procedimentais, mas também na coerência do conteúdo das leis com os princípios constitucionais. Dito isso, menciona o autor que o constitucionalismo pode ser concebido de duas maneiras diversas e opostas entre si, quais sejam: como a superação do positivismo jurídico (com uma tendência jusnaturalista) ou como sua complementação. Aduz Ferrajoli que o neoconstitucionalismo se refere à primeira concepção referida, amplamente

difundida. O autor, contudo, possui posição diversa, sustentando uma concepção juspositivista, a qual ele denomina “constitucionalismo garantista” (FERRAJOLI, 2011, p. 95-96).

Afirma Luigi Ferrajoli (2011, p. 96) que, para os neoconstitucionalistas, com a incorporação de princípios de justiça de caráter ético-político pelas Constituições, teriam desaparecido as distinções entre direito e moral e entre validade e justiça, características marcantes do positivismo jurídico.

O neoconstitucionalismo, no sentido ora apresentado, possui dois elementos caracterizadores: o ataque ao positivismo jurídico (em especial à tese da separação entre Direito e moral) e o ativismo judicial, uma vez que os direitos fundamentais seriam princípios, objetos de ponderação e argumentação jurídica. Para o autor, nesse sentido, o neoconstitucionalismo aceita a tese de que o Direito é aquele produzido pelos juízes, conforme suas práticas de interpretação e argumentação (FERRAJOLI, 2001, p. 98).

O autor, como já se referiu, possui entendimento diverso. O que ele denomina como constitucionalismo garantista seria um reforço, um complemento, do positivismo jurídico, que deve considerar os direitos fundamentais inseridos na Constituição para orientar a produção do direito positivo. Não apenas o “ser” estaria positivado, mas também o “dever ser”. Além disso, haveria um complemento da própria ideia de Estado de Direito, na medida em que impõe a obediência, inclusive do Poder Legislativo, ao Direito e ao controle de constitucionalidade (FERRAJOLI, 2011, p. 99-100).

Ferrajoli refuta a ideia de que as Constituições teriam incorporado conteúdos morais ao Direito, ocasionando, portanto, uma conexão entre Direito e moral. Entende o autor que vale o elemento positivista da separação entre Direito e moral, o que não significa que as normas jurídicas não tenham conteúdo moral ou pretensão de justiça. O que sua tese rejeita é o retorno da confusão entre direito e moral (FERRAJOLI, 2011, p. 110-111). O autor explica, de modo sintético, as diferenças entre o constitucionalismo garantista e o neoconstitucionalismo:

> Em síntese, bem mais que no modelo neoconstitucionalista – que confia a solução das aporias e dos conflitos entre direitos à ponderação judicial, inevitavelmente discricionária mesmo quando argumentada, enfraquecendo, assim, a normatividade das Constituições e a fonte de legitimação da jurisdição –, o paradigma do constitucionalismo rígido limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário, em conformidade com o princípio

> da separação de poderes e com a natureza tanto mais legítima quanto mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição. Os juízes, com base em tal paradigma, não podem criar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, desaplicando-as ou suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política (FERRAJOL, 2011, p. 103-104).

Afirma o autor, de forma expressa, que o neoconstitucionalismo redunda em um enfraquecimento da normatividade das normas constitucionais e dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2001, p. 112-113).

Para Lenio Luiz Streck, com o novo paradigma do neoconstitucionalismo, o "mundo prático" passou a ter importância para os operadores do Direito. Questões anteriormente rejeitadas pelo positivismo jurídico, de ordem moral, política e econômica, passam a fazer parte da preocupação dos juristas. Para o positivismo jurídico era desimportante discutir, no âmbito de uma teoria do Direito, situações que digam respeito à legitimidade da decisão tomada pelos poderes estatais. As teorias positivistas tinham como pretensão o oferecimento de um objeto e método seguro para a produção da ciência jurídica (STRECK, 2011, p. 14-15).

Para o autor, Hans Kelsen é o principal nome a este respeito. Ressalta, todavia, que Kelsen era um pessimista moral, que via na conexão entre Direito e moral uma questão problemática, uma vez que não se pode sustenta uma moral absoluta (presente em todos os lugares e em todos os tempos), que possa servir como parâmetro seguro (STRECK, 2011, p. 16).

Afirma Streck que, após o insucesso do positivismo tradicional, buscou-se, de diversas formas, a (re)introdução dos valores no Direito. O neoconstitucionalismo, nesse sentido, teria como desafio e missão fazer com que o Direito não seja indiferente às injustiças, coadunando-se ao paradigma jurídico do segundo pós-guerra, no qual o Direito assume um caráter transformador das relações sociais, deixando de ser meramente regulador (STRECK, 2011, p. 16-17).

Para o autor, o neoconstitucionalismo não é pós-positivista, o que deveria ser a sua primordial característica. Enquanto paradigma jurídico, o neoconstitucionalismo não representa uma superação do positivismo. Assim afirma Streck em virtude de que, na sua visão, o positivismo jurídico considera inevitável a discricionariedade dos juízes, não oferecendo uma solução para este problema (que o autor considera como sendo questão central do Direito). Para ele, as teorias

jurídicas pós-positivistas pretendem responder ao problema interpretativo, enfrentando a problemática das vaguezas e ambiguidades presentes nos textos jurídicos (STRECK, 2011, p. 20-21).

O autor entende que uma teoria do Direito somente poderá ser denominada pós-positivista se tiver realmente enfrentado o problema da discricionariedade dos julgadores, o que não seria o caso do neoconstitucionalsimo, que, ao assumir a ampla utilização da técnica da ponderação, acaba conferindo elevada margem de discricionariedade aos magistrados (STRECK, 2011, p. 21-22). Nesse sentido, afirma Streck (2001, p. 22) que "'ponderação' e 'discricionariedade' são duas faces de uma mesma moeda."

Cabe, ainda, referir as lições de Mauro Barberis, para quem o neoconstitucionalismo é proposto como uma alternativa tanto ao jusnaturalismo quanto ao juspositivismo, nos termos seguintes:

> O neoconstitucionalismo, nesse significado, propõe-se como uma alternativa mais atraente em relação ao jusnaturalismo e ao juspositivismo. Em relação ao jusnaturalismo, como já foi dito, o neoconstitucionalismo oferece uma solução positiva - a constituição, o Estado constitucional – ao antigo problema da lei injusta; em relação ao juspositivismo, o neoconstitucionalismo se apresenta como uma 'superação' da tese juspositivista da separabilidade entre direito e moral, a tese que seria válida no Estado legislativo, mas não no Estado constitucional. O neoconstitucionalismo, efetivamente, gira em torno da tese da conexão necessária entre direito e moral no Estado constitucional (BARBERIS, 2006, p. 22).

Feitas essas considerações, resta claro que são muitos e controversos os aspectos filosóficos que envolvem o fenômeno neoconstitucionalista. Sem olvidar das questões acima expostas, é possível, em termos gerais, tomar o neoconstitucionalismo como sendo uma posição, ao menos pretensamente, intermediária entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, ou seja, nem tão aberta quanto o jusnaturalismo, nem tão fechada quanto o juspositivismo, com a finalidade de aproveitar os méritos e superar os problemas de cada um.

2.1.4 A recepção do neoconstitucionalismo no Brasil

Analisados o contexto histórico e os aspectos filosóficos atinentes ao neocosntitucionalismo em um aspecto global, passa-se a analisar a recepção do fenômeno no Brasil. É certo que o conteúdo exposto nos itens anteriores tem

aplicação para o caso brasileiro, devendo, portanto, ser considerados juntamente com alguns elementos próprios, a seguir pontuados.

Daniel Sarmento analisa o assunto de forma específica. Para o autor, todo o processo histórico ocorrido na Europa Ocidental após a Segunda Guerra mundial teve repercussão no Brasil apenas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Antes disso, a Lei tinha valor muito maior que o texto constitucional, o Poder Judiciário exercia tímido papel político e gozava de menor independência em relação aos tempos atuais. Em que pese haver menção a uma série de direitos nos textos constitucionais, tais direitos, na prática, dependiam sobremaneira da boa vontade dos governantes. A atual Constituição brasileira, na visão do autor, contém uma série de características que modificam o cenário anterior, quais sejam: i) amplo elenco de direitos fundamentais, com aplicação imediata e protegidos contra o poder reformador (a figura das cláusulas pétreas), ii) reforço do papel do Poder Judiciário, com a inafastabilidade da tutela judicial, a criação de diversos remédios constitucionais e a ampliação dos mecanismos de controle de constitucionalidade (SARMENTO, p. 6).

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 trata de uma vasta gama de temas (muitos, inclusive, na opinião do autor, de duvidosa “dignidade constitucional”), o que tira tais questões do alcance do Poder Legislativo. A atual Constituição brasileira, além disso, abriga princípios vagos, dotados de alta carga axiológica e poder de irradiação, o que favorece a constitucionalização do Direito, que se refere não só a inclusão de temas no texto constitucional, mas também a uma releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma visão baseada nos valores constitucionais, a denominada “filtragem constitucional” (SARMENTO, p. 7).

O autor destaca, também, o importante papel exercido pela doutrina brasileira nesta mudança de paradigma do Direito Constitucional, havendo, na sua visão, dois momentos distintos nesta alteração: o constitucionalismo brasileiro da efetividade e o pós-positivismo constitucional (SARMENTO, p. 7).

O constitucionalismo da efetividade teria surgido logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, pregando sua direta incidência sobre a realidade social, o que independeria de mediação legislativa. Desta forma, se estaria promovendo a justiça, a igualdade e a liberdade. Entende o autor que a referida teoria foi exitosa no Brasil, trazendo a visão de que a Constituição é norma, que não só pode, como deve ser aplicada, ainda que sem uma regulamentação por parte do

Poder Legislativo. Tal doutrina não corresponderia ao neocosntitucionalismo, mas foi importante para o surgimento deste movimento no cenário nacional. Para o autor, dois nomes importantes desta doutrina seriam Luís Roberto Barroso e Clèmerson Marlin Clève (SARMENTO, p. 7-8).

O pós-positivismo constitucional, por sua vez, chegou ao Brasil a partir das obras de autores como Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau, que divulgaram a teoria dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy, fomentando o estudo sobre os temas da ponderação de interesses, do princípio da proporcionalidade e da eficácia dos direitos fundamentais. Este momento trouxe, também, uma alteração de enfoque no estudo da jurisdição constitucional no Brasil. Prevista na Constituição Federal de 1988, o que se mostra relevante é saber a forma como tal jurisdição deve ser exercida, podendo-se defender um maior ou menor grau de ativismo, a depender do posicionamento adotado. Para autor, de todas as variadas posições surgidas neste contexto, a que mais se identifica com o neoconstitucionalismo é a teoria substancialista, que legitima um amplo ativismo judicial, a fim de consagrar os valores constitucionais (SARMENTO, p. 8-9).

Em que pese todas as mudanças ocorridas e sua possível associação ao neoconstitucionalismo, o uso do termo, no Brasil, deu-se após a ampla difusão da obra “Neoconstitucionalismo(s)”, de Miguel Carbonell, publicada no ano de 2003 (primeira edição) (SARMENTO, p. 9). Daí em diante, a doutrina brasileira produziu considerável quantidade de trabalhos sobre o assunto, havendo tanto defensores quanto críticos. De qualquer forma, para Sarmento, seria possível verificar relativo consenso no que se refere à definição das principais características do fenômeno neoconstitucionalista, sendo elas, nas palavras do autor, as seguintes:

> (...) há um relativo consenso na definição das características centrais do novo paradigma: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição (SARMENTO, p. 9).

Para Daniel Sarmento, as mencionadas ideias repercutem na jurisprudência pátria, em especial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, cada vez mais, invoca princípios, aplica a ponderação e o princípio da proporcionalidade (SARMENTO, p. 9).

A postura ativista do Supremo Tribunal Federal tem estimulado a sociedade a acioná-lo com crescente frequência, passando a Corte a deparar-se com temas impregnados de conteúdo moral, como o debate envolvendo a possibilidade de pesquisas em células-tronco embrionárias, a autorização (ou a proibição) de aborto de feto anencéfalo, a união homoafetiva, etc. (SARMENTO, p. 10).

Fator que, no cenário nacional, também contribui para a difusão e aceitação do neoconstitucionalismo é o descrédito da população em relação ao Poder Legislativo e aos partidos políticos, alimentado por uma série de escândalos de corrupção, fazendo com a sociedade tenha a visão de que os mesmos atuam apenas em favor de interesses espúrios próprios. Neste contexto, cresce a expectativa de que o Poder Judiciário poderá oferecer uma solução adequada para os problemas nacionais, sensação que aumenta quando o Poder profere decisões que vão ao encontro da opinião pública (SARMENTO, p. 11).

Para a doutrina majoritária, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que as características do neoconstitucionalismo ganharam espaço no contexto brasileiro. Nesse sentido, entende Paulo Ricardo Schier (2005, p. 145), para quem, com a promulgação da atual Constituição, veio a tentativa de instauração de um novo momento político e jurídico, que tem como fundamentos a Democracia, o Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Luís Roberto Barroso possui posição semelhante. Afirma o autor que a Constituição Federal de 1988 representa o renascimento do Direito Constitucional do país (BARROSO, 2005, p. 4).

Para Barroso (2005, p. 6), o debate acerca da força normativa da Constituição chegou ao Brasil no decorrer da década de 80, cabendo à atual Constituição pátria, juntamente com a doutrina e a jurisprudência, consolidar a questão e romper com a posição anterior. Afirma que as Constituições anteriores eram meros repositórios de promessas vagas, sem a possibilidade de aplicação direta e imediata.

O autor não ignora a existência do controle de constitucionalidade no Brasil, de modo incidental, desde a Constituição de 1891. Entende, contudo, que foi com a Constituição Federal de 1988 que a jurisdição constitucional experimentou verdadeira expansão (BARROSO, 2005, p. 7).

A respeito do histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, vale referir as lições Eduardo Cambi:

> O Poder Judiciário brasileiro, conforme já referido, desde a Constituição Republicana de 1891, pode realizar o controle (difuso) da constitucionalidade. Qualquer magistrado, desde o recém-ingresso na carreira (juiz substituto), até o mais experiente Ministro do Supremo Tribunal Federal podem, no caso concreto, verificar se a lei ou o ato normativo está em consonância com a Constituição. Pelo princípio da supremacia da Constituição, nenhuma lei e, assim, nenhum ato administrativo pode ferir a Constituição, sob pena de carecer de validade e merecer a censura judicial.
> (...)
> No Brasil, além do controle incidental (difuso), há também o controle abstrato ou concentrado, desde a Emenda Constitucional 16/1965, que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a ação genérica (hoje denominada de ação direta). A Constituição Federal de 1988 ampliou os mecanismos de controle abstrato da constitucionalidade, alargando o rol dos legitimados ativos e criando outros instrumentos como a ação declaratória de constitucionalidade. Deste modo, o controle abstrato da constitucionalidade pode ser realizado mediante os seguintes instrumentos: i) ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inc. I, letra "a", CF); ii) ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102, inc. I, letra "a" e 103, par. 4º, da CF); iii) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, par. 2º, CF); iv) a argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, par. 1º, CF); v) ação direta interventiva (art. 36, III) (CAMBI, 2007, p. 8-10).

Por outro lado, há quem entenda que o neoconstitucionalismo não teria lugar no sistema jurídico da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, Humberto Ávila (2009, p. 17) refere que as alterações geradas pelo fenômeno do neoconstitucionalismo não encontram suporte no Direito brasileiro. Nas palavras do autor:

> Se existe um modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, pouco importa a sua denominação, baseado num modelo normativo, ("da regra ao princípio"), metodológico ("da subsunção à ponderação"), axiológico ("da justiça geral à justiça particular") e organizacional ("do Poder Legislativo ao Poder Judiciário"), mas esse modelo não foi adotado, não deve ser adotado, nem é necessariamente bom que o seja, é preciso repensá-lo, com urgência. Nada, absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de "neoconstitucionalimo" no Brasil. (ÁVILA, 2009, p. 19).

O autor afirma que defender os fundamentos do neoconstitucionalismo implica na queda em contradição, qual seja: defende-se a primazia da Constituição, violando a própria Constituição. Para Ávila, o neoconstitucionalismo seria, na verdade, uma espécie disfarçada de "não-constitucionalismo", eis que, de fato, promove a desvalorização da Constituição (ÁVILA, 2009, p. 19).

A partir do exposto, é possível verificar que se considera que, no Brasil, a recepção do neoconstitucionalismo se deu a partir da promulgação da Constituição

Federal de 1988, que abarca uma série de princípios vagos e elevado teor axiológico, permitindo uma margem de atuação muito maior do Poder Judiciário. Tal constatação, contudo, não é uníssona na doutrina, havendo, consoante se explicou, posicionamentos no sentido de que a atual Constituição brasileira não se coaduna ao fenômeno neoconstitucionalista.

2.2 As características elementares do neoconstitucionalismo e a crítica da tensão com o Estado de Direito

Retomando as já referidas lições de Luís Roberto Barroso (2005, p. 2), passa-se a analisar o marco teórico do neoconstitucionalismo, que deve ser considerado juntamente com os marcos histórico e filosófico, anteriormente abordados.

O marco teórico diz respeito às características do fenômeno neoconstitucionalista, não havendo, no âmbito doutrinário, consenso exato a respeito de quais seriam elas. Assim sendo, serão abordadas as tidas como principais, que costumam ser referidas pela doutrina, quais sejam: a força normativa da Constituição e a constitucionalização dos direitos, a distinção entre regras e princípios (e sua crítica), as técnicas da subsunção e da ponderação, a conexão entre Direito e moral, os impactos do neoconstitucionalismo na interpretação jurídica e a supremacia e protagonismo do Poder Judiciário. Apesar de tais características imbricarem-se mutuante, serão, para fins de facilitação da abordagem, analisadas em separado.

Além disso, será exposta a tensão existe entre o neoconstitucionalismo e o Estado de Direito, argumento constantemente apresentado pelos críticos ao fenômeno neoconstitucionalista.

2.2.1 A força normativa da Constituição e a constitucionalização dos direitos

Para o estudo da força normativa da Constituição, é importante, de início, trazer as considerações de Konrad Hesse a respeito do assunto.

Para o autor, as questões constitucionais são, em sua origem, políticas, não jurídicas. Entende que a história constitucional demonstra que o poder da força acaba sempre se sobrepondo às normas jurídicas, que acabam submetendo-se à

realidade fática. Há uma tensão permanente entre a norma (estática) e a realidade (fluida e irracional) (HESSE, 1991, p. 2-3).

A análise da força normativa da Constituição deve partir do condicionamento recíproco entre ela e a realidade político-social. Assim sendo, é preciso considerar os limites e as possibilidades de atuação da Constituição e investigar seus pressupostos de eficácia (HESSE, 1991, p. 4).

A mencionada necessidade de se considerar o condicionamento recíproco entre a ordem jurídica e a realidade, para o autor, merece ser destacada, uma vez que, no passado, o pensamento constitucional promovia uma separação entre a norma e a realidade, como se dava no positivismo jurídico. É preciso encontrar uma alternativa entre o abandono da normatividade em favor da realidade fática e a consideração da normatividade sem qualquer elemento da realidade. A pretensão de eficácia da Constituição procura conformar a realidade política e social, ao passo que também é por ela determinada. (HESSE, 1991, p. 4-5).

Para uma análise dos limites e possibilidades de atuação da Constituição, o autor refere que a “Constituição real” (conjugação das relações fáticas) e a “Constituição jurídica” (norma) estão em uma relação de coordenação, condicionando-se mutuamente, porém sem depender uma da outra de forma pura e simples. A Constituição jurídica possui significado próprio, sendo sua pretensão de eficácia um elemento autônomo, ainda que não absoluto. A Constituição jurídica, para o autor, adquire força normativa na medida em que consegue atuar na formação da realidade do Estado. (HESSE, 1991, p. 5)

Para o autor, a Constituição jurídica não significa meramente um pedaço de papel, incapaz de atuar verdadeiramente na realidade social. A Constituição está vinculada à realidade do seu tempo, porém não é por ela totalmente condicionada. Em caso de conflito, deverá ser assegurada a força normativa da Constituição (HESSE, 1991, p. 10-11).

Especificamente no contexto do neoconstitucionalismo, Eduardo Cambi (2007, p. 6) menciona que a força normativa da Constituição diz respeito ao reconhecimento de que a mesma não é mera carta de intenções políticas, mas que possui caráter imperativo.

A força normativa da Constituição, para o autor, significa, também, o seguinte: i) a permanente vinculação do Poder Legislativo à realização da Constituição, ii) o dever de todos os poderes públicos de adotar os ditames constitucionais como

diretivas de atuação, iii) que as normas constitucionais representam limites materiais aos poderes públicos, sendo inconstitucionais atos que as contrariem. Todas as normas constitucionais, nesse sentido, possuem força normativa, independentemente da atuação do Poder Legislativo (CAMBI, 2007, p. 7).

Em sentido semelhante é a doutrina de Luís Roberto Barroso, para quem a constitucionalização do Direito associa-se ao efeito expansivo das normas constitucionais, que irradiam seu conteúdo material e axiológico por todo o ordenamento jurídico, inclusive nas relações entre particulares (BARROSO, 2005, p. 12-13). A respeito da Constituição em relação ao Poder Legislativo, Barroso ensina o seguinte:

> Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais (BARROSO, 2005, p. 13).

Para o autor, o momento atual é de superação da ideia de que a Constituição é mera Carta Política, que servia como simples referência para as relações entre o Estado e o cidadão. A Constituição não possui mais papel limitado, não dependendo sua concretização da intermediação do Poder Legislativo, possuindo força normativa própria, com aplicabilidade direta e imediata (BARROSO, 2005, p. 25). Neste novo cenário, todos os ramos do Direito passam a ser influenciados pela Constituição.

A questão é também abordada por Daniel Sarmento, que afirma ser a constitucionalização do Direito uma característica marcante do fenômeno neoconstitucionalista. A finalidade da Constituição deixa de ser apenas a disciplina do processo de produção de outras normas, passando a ser vista, também, como o conjunto de valores superiores que devem repercutir em todo o ordenamento jurídico. Ao intérprete caberá não só aplicar as normas constitucionais diretamente, mas também fazer uma releitura da legislação infraconstitucional a partir da

Constituição, optando pela possibilidade interpretativa que represente a maior promoção possível dos ditames constitucionais (SARMENTO, 17).

Refere o autor que, no Brasil, há certo consenso no sentido de ser positiva “alguma” constitucionalização do Direito, por trazer ao ordenamento jurídico os valores constitucionais humanitários. Entende, por outro lado, que teses extremadas podem redundar em excessiva diminuição da margem de atuação do Poder Legislativo, ferindo, assim, a Democracia. A premissa de que tudo (ou quase tudo) possui disciplina constitucional faz do Poder Legislativo um simples executor das medidas previstas na Constituição, retirando a autonomia política do povo para realizar suas escolhas em cada momento histórico (SARMENTO, p 18).

Outro alerta feito por Sarmento (p. 18) diz respeito à vinculação dos particulares (e suas relações), de forma direta e imediata, à Constituição. Esta situação gera considerável risco à liberdade, uma vez que, através desta compreensão, poderá ser imposta às pessoas a adoção de comportamentos que elas próprias rejeitam, mas que seriam supostamente devidos em razão dos valores constitucionais.

O autor, contudo, entende que as preocupações por ele referidas não são barreiras intransponíveis, nos seguintes termos:

> A constitucionalização, neste sentido, poderia converter-se num pretexto para o exercício de um paternalismo anti-liberal, em que as pessoas seriam forçadas a conformarem-se às expectativas sociais forjadas a partir de pautas de ação "politicamente corretas", com apoio na Constituição.
> Nenhuma destas duas questões é insuperável. É possível aceitar e aplaudir a constitucionalização do Direito - fenômeno em geral positivo, por aproximar a racionalidade emancipatória da Constituição do dia-a-dia das pessoas -, mas defender que ela seja temperada por outras preocupações igualmente essenciais no Estado Democrático de Direito, com a autonomia pública e privada dos cidadãos. Pode-se reconhecer a legitimidade da constitucionalização do Direito, mas numa medida em que não sacrifique em excesso à liberdade de conformação que, numa democracia, deve caber ao legislador para realizar opções políticas em nome do povo. Pode-se, da mesma forma, afirmar a incidência direta da Constituição nas relações privadas, mas sem invadir a esfera das opções existenciais da pessoa - que, de resto, é protegida pela própria Constituição das ingerências perfeccionistas do Estado e da sociedade (SARMENTO, p. 19).

Ainda sobre o tema do presente tópico, Paulo Roberto Schier trabalha o que ele denomina de “filtragem constitucional”, que possui, como eixo, os seguintes elementos:

> (...) a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo (SCHIER, 2005, p. 146).

Para o autor, como se pode perceber, a filtragem constitucional tem como pressuposto a supremacia da Constituição, que se mostra como um sistema aberto de regras e princípios, permitindo-se pensar o Direito em diálogo com as realidades social, política e econômica. A Constituição é compreendida, assim, como reserva de justiça, aceitando-se a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de leis injustas, ou seja, o controle de constitucionalidade abrigaria dimensões não apenas formais, mas também questões como a justiça material, a realidade social, entre outras (SCHIER, 2005, p. 146).

Destarte, resumidamente, a força normativa da Constituição tem como ponto central a premissa de que Constituição não é mais mera Carta Política, que serve como uma espécie de referência. Com a expansão da sua força normativa, a Constituição passou a ter aplicabilidade direta, além de irradiar efeitos em todo o arcabouço legislativo, que deve ser interpretado conforme os ditames constitucionais.

2.2.2 Regras e princípios, subsunção e ponderação

Característica que se atribui ao neoconstitucionalismo é a ampla utilização dos princípios jurídicos, mormente os constitucionais. Cumpre, portanto, tratar a respeito das espécies normativas, distinguindo regras e princípios, bem como abordar a técnica da ponderação, geralmente apontada como modo de solução dos conflitos entre princípios.

Ricardo Marcondes Martins faz importantes considerações a respeito das regras e princípios no modelo neoconstitucionalista. Para o autor, o termo “princípio” já era utilizado antes do neoconstitucionalismo, porém com significados diversos, podendo ser identificadas três fases. Na primeira e já superada fase, utilizava-se o vocábulo a partir do significado que possui na linguagem comum, ou seja, princípio faz alusão à origem, ao início de algo, indicando os conteúdos a serem analisados

por quem inicia o estudo de uma disciplina do Direito. Na segunda fase, o termo passa ter um sentido técnico, dizendo respeito aos elementos do sistema normativo que fazem com que um conjunto de normas seja um ordenamento, um real sistema. Os princípios seriam, portanto, os alicerces do Direito. Na terceira fase, oriunda das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, a palavra é utilizada para identificar uma espécie normativa, que se contrapõe às regras. É este o sentido empregado pelo neoconstitucionalismo. Afirma o autor, ainda, que a segunda e terceira fases convivem nos tempos atuais, gerando uma ambiguidade ao termo “princípio” (MARTINS, 2017, p. 16-17).

Menciona Martins (2017, p. 18) que, na difundida teoria de Robert Alexy, princípios são valores positivados. A diferença entre eles, portanto, seria que os valores situam-se no plano axiológico (dizem respeito ao que é bom ou ruim), ao passo que os princípios situam-se no plano deôntico (dizem respeito ao que é ou não devido).

O autor trata, também, da temática da subsunção e da ponderação. Aduz que, no momento anterior ao do neoconstitucionalismo, a aplicação do Direito ocorria pela via da subsunção, ou seja, a identificação, no plano concreto, da ocorrência da hipótese descrita na norma jurídica, gerando, assim, a consequência prevista. A subsunção já era tida por insuficiente desde antes do surgimento do movimento neoconstitucionalista, consoante apontado por Luis Recasens Siches, para quem a lógica formal não é compatível com o Direito, que possui uma “lógica material”, uma “lógica do razoável”. O neoconstitucionalismo propõe o método da ponderação, que ocorre da seguinte forma: identificam-se os princípios incidentes no caso concreto, realiza-se uma apuração e balanceamento do peso de tais princípios, considerando o grau de satisfação e não satisfação dos mesmos caso uma determinada medida seja adotada, terminando com a enunciação de uma regra, com a medida a ser implementada. Toda a norma jurídica, desta forma, seria fruto de uma ponderação, ainda que não explícita (MARTINS, 2017, p. 20).

Característica importante do modelo neoconstitucionalista é a derrotabilidade das regras jurídicas, cuja aplicação poderá deixar de ocorrer em um determinado caso em razão de princípios opostos, ainda que estejam vigentes, sejam válidas e não excetuadas por outra regra. Nesse sentido, o conhecido modo de aplicação “tudo ou nada” (*all or nothing*) das regras jurídicas, difundida por Ronald Dworkin,

seria, em alguma medida, suavizada, eis que admitida a possibilidade do afastamento (MARTINS, 2017, p. 22).

Para Luís Roberto Barroso, a singularidade da atual dogmática jurídica em relação aos princípios está no reconhecimento da sua normatividade. Tanto os princípios explícitos como os implícitos constituem a síntese dos valores do ordenamento jurídico. A distinção (qualitativa) entre regras e princípios, para o autor, é um dos principais elementos da atual dogmática constitucional, fundamental para a superação do positivismo legalista, que considerava apenas a existência de regras (BARROSO, 2001, p. 25-26).

Entende Barroso (2001, p. 26) que as regras têm aplicação na forma “tudo ou nada”, ou seja, se os fatos nela previstos ocorrerem no plano concreto, a regra deverá incidir e seus efeitos deverão ser produzidos. Os princípios, por sua vez, contêm maior carga valorativa, indicando uma direção a ser seguida. Em um contexto pluralista, em razão da existência de princípios que abrigam fundamentos diversos, é certo que haverá conflitos entre princípios, devendo, para sua solução, ser reconhecida uma dimensão de peso ou importância dos mesmos, considerando os elementos do caso concreto, tudo através da ponderação, que é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada princípio presente em um determinado conflito. Não há um critério geral e abstrato que confira a prevalência *a priori* de um princípio sobre o outro, devendo-se, à luz do caso concreto, serem feitas concessões recíprocas, a fim de produzir-se um resultado que sacrifique cada princípio na menor medida do possível. Não se pode realizar uma escolha arbitrária de um princípio, valor ou interesse em detrimento de outro, anulando-o. É preciso realizar-se um balizamento a partir de critérios como o princípio da razoabilidade e a máxima preservação possível do núcleo mínimo do valor a ser mitigado no caso concreto (BARROSO, 2001. p. 26-27).

Cumpre salientar que, apesar de concordar com a distinção entre regras e princípios, o autor reconhece que tal distinção nem sempre é de fácil percepção, em virtude de fatores como a carência de técnica legislativa e os limites da linguagem. Há situações em que até mesmo as regras contêm termos de conteúdo indeterminado, como ordem pública, interesse coletivo, etc. Entende Barroso que, em casos assim, as regras funcionam de modo semelhante aos princípios, sendo permitido ao intérprete realizar a integração do comando normativo utilizando sua subjetividade, do que resultará a decisão concreta (BARROSO, 2001, p. 28).

É de se observar, porém, que os autores defensores da distinção das normas entre regras e princípios não são, necessariamente, adeptos do neoconstitucionalismo. É o caso, por exemplo, de Humberto Ávila, que, como já se referiu anteriormente, critica frontalmente as premissas do neoconstitucionalismo. Para o autor, as espécies normativas são as regras e os princípios, que podem ser conceituados da seguinte maneira:

> *As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.*
> *Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.* (ÁVILA, 2016, p. 102).

O autor, como se pode verificar, utiliza uma diferenciação menos “rígida”, por assim dizer, eis que admite, ainda que secundariamente, a presença de características primárias de uma espécie normativa na outra.

Ávila reconhece a existência de regras e princípios no Direito pátrio, inclusive em sede constitucional. Não se coaduna, todavia, com as premissas neoconstitucionalistas de que a Constituição Federal de 1988 instituiu os princípios de modo preferencial às regras (ÁVILA, 2009, p. 3) e que a ponderação deve ser aceita como critério geral de aplicação do Direito (ÁVILA, 2009, p. 7).

Acerca da primeira premissa, entende o autor que a atual constituição brasileira possui um sistema composto tanto por princípios como por regras, que desempenham diferentes e complementares funções, não havendo a primazia de uma espécie normativa sobre a outra. Contudo, se houvesse a necessidade de se escolher qual seria a espécie normativa típica da nossa Constituição, entende o autor que se deveria afirmar tratar-se de uma Constituição regulatória, não de uma Constituição principiológica, eis que contém número muito mais elevado de regras do que princípios. Prossegue o autor, afirmando que a escolha constitucional pelas regras justifica-se em razão de que as mesmas, ao descreverem o que é permitido, proibido ou obrigatório, diminuem a margem de arbitrariedade e incerteza, contribuindo, portanto, para um maior grau de previsibilidade e justiça na maioria das situações. O Constituinte, a respeito de uma série de questões, não deixou a

solução para uma ponderação *a posteriori* por parte dos aplicadores, tendo realizado, ele mesmo, uma ponderação pré-legislativa (ÁVILA, 2009, p. 3-4).

Outro argumento refutado pelo autor é o de que, apesar de uma superioridade quantitativa das regras, poderia se argumentar no sentido de uma superioridade qualitativa dos princípios, que atuariam, em relação às regras, da seguinte forma: i) em se tratando de regras constitucionais, os princípios teriam o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis, modificando suas hipóteses por extensão ou restrição teleológicas, ainda que isso represente ultrapassar o significado mínimo das palavras; ii) a respeito das regras infraconstitucionais, os princípios atuariam através das funções interpretativa, bloqueadora e integrativa (ÁVILA, 2009, p. 5).

Para o autor, não se pode pretender um afastamento de uma regra constitucional em razão de um princípio, uma vez que as regras têm a função de resolver um conflito conhecido e antecipável, de modo que suas razões bloqueiam a utilização das razões principiológicas. A existência de uma regra constitucional elimina a ponderação, que, em verdade, ocorreu de modo prévio. Em um eventual conflito entre uma regra e um princípio constitucionais, prevalecerá a regra (ÁVILA, 2009, p. 5). Nesse sentido é também a compreensão de Thomas Bustamante (2010, p. 618), que analisa a teoria de Robert Alexy, afirmando que a existência de uma regra implica uma decisão acerca da prioridade entre os princípios em colisão.

Acerca das regras infraconstitucionais, as funções interpretativa, bloqueadora e integrativa, que existem e têm aplicação, não podem servir como justificativa pura e simples para o afastamento de uma regra infraconstitucional em virtude da discordância com a consequência provocada. Uma regra infraconstitucional poderá deixar de ser aplicada apenas quando for inconstitucional ou quando sua aplicação contrariar a razoabilidade, quando se estiver diante de um caso extraordinário (ÁVILA, 2009, p. 6).

A segunda premissa neoconstitucionalista, também criticada pelo autor, é a de que o critério geral de aplicação do ordenamento jurídico é a ponderação.

Para Ávila (2009, p. 8), admitir-se a utilização dos princípios constitucionais nos casos em que as regras legais são compatíveis com a Constituição representa uma desvalorização da Democracia, exercida através da atuação do Poder Legislativo.

Afirma o autor que, ao se considerar que tudo está presente na Constituição, o que justificaria a ampla aplicação dos princípios (muitas vezes, em detrimento de

regras infraconstitucionais compatíveis com a ordem constitucional), a supremacia constitucional perde seu sentido, pois deixa de servir como referência superior, justamente pela inexistência de elementos inferiores (ÁVILA, 2009, p. 8).

Apesar de defender a importância da subsunção, o autor não considera que a ponderação, em si, é problemática, mas sim a sua utilização destituída de critérios objetivos prévios, que respeitem a separação dos poderes (ÁVILA, 2009, p. 10). Para o autor, a ponderação deve se dar da seguinte maneira:

> (...) caso não haja regra constitucional imediatamente aplicável, nem regra legal editada no exercício regular da função legislativa, ou caso haja uma regra legal que seja incompatível com o estado de coisas cuja promoção é determinada por um princípio constitucional, caberá ao aplicador efetuar uma ponderação dos princípios constitucionais eventualmente colidentes para editar uma norma individual reguladora do conflito de interesses concretamente existente. Mesmo nesse caso, no entanto, essa ponderação deve (a) indicar os princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), (b) efetuar a ponderação (ponderação) e (c) fundamentar a ponderação feita. Nessa fundamentação, deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados.
>
> Sem a observância desses requisitos ou fases, a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que explica tudo, mas não orienta nada. E, nessa acepção, ela não representa nada mais de que uma “caixa preta” legitimadora de um “decisionismo” e formalizadora de um “intuicionismo moral”. Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento. (ÁVILA, 2009, p. 11-12).

Sobre o tema das espécies normativas, especificamente a questão dos conflitos normativos, assevera Thomas Bustamante, analisando a teoria de Robert Alexy, que existem duas espécies do gênero conflitos normativos (considerado em sentido amplo) que são os conflitos em sentido estrito e as colisões. Os primeiros acontecem quando não se pode admitir a validade simultânea de normas conflitantes, o que pode envolver tanto regras quanto princípios. Sua solução depende da invalidação de uma das normas em conflito. A colisão, por sua vez, diz respeito à dimensão da aplicabilidade, sendo mantida a validade das normas em conflito (BUSTAMANTE, 2010, p. 616-617).

O autor refere que admitir-se a característica da superabilidade (ou derrotabilidade) das regras implica, necessariamente, na admissão da existência de decisões contrárias à Lei, que carregam sobre si o peso de uma elevada carga de argumentação. Afirma Bustamante, também, que esse tipo de decisão faz parte dos problemas jurídicos enfrentados pelos operadores do Direito, especialmente nos chamados “casos difíceis” (BUSTAMANETE, 2010, p. 622).

Por outro lado, há corrente doutrinária bastante crítica à distinção entre princípios e regras, bem como da utilização da ponderação, como é o caso de Luigi Ferrajoli, cujas lições passam a ser apresentadas.

O autor entende que a distinção das normas entre regras e princípios, bem como a consideração de que estes não seriam aplicáveis, mas ponderáveis, e a de que as regras são aplicáveis, não procede, uma vez que ambos são normas jurídicas, meramente formuladas de forma diversa (FERRAJOLI, 2011, p. 104-105). O autor explica sua posição da seguinte forma:

> Trata-se, a meu ver, de um sofisma. Princípios e regras são, igualmente, normas, simplesmente formuladas de maneira diversa: uns com referência ao seu respeito; outros com referência à sua violação e à sua consequente aplicação. Prova disso é que mesmo as regras, inclusive aquelas penais às quais se exige a máxima taxatividade, quando são observadas exsurgem como princípios, que não se aplicam, mas se respeitam: por exemplo, a observância das normas sobre o homicídio ou sobre as lesões corporais ou sobre o furto equivale ao respeito dos princípios da vida, da integridade corporal e da propriedade privada. Inversamente, também os princípios, quando são violados, aparecem como regras, que não se respeitam, mas se aplicam: por exemplo, o princípio constitucional da igualdade, quando é violado, surge como regra em relação à sua violação: a regra, precisamente, que proíbe as discriminações. (...) Mesmo princípios vagos e imprecisos, como a dignidade da pessoa ou princípios penais da determinação ou da ofensividade, quando são violados por comportamentos lesivos da dignidade ou das leis penais que imputam como crimes fatos indeterminados ou inofensivos, aparecem como regras, cuja violação é nestas subsumida, não diversamente do que ocorre com qualquer ato ilícito ou inválido; e a possibilidade da subsunção não depende, nestes casos, da formulação das relativas normas em princípios, mas somente, como acontece também nas regras, do uso de expressões vagas e imprecisas como “dignidade”, “determinação” e “ofensividade” (FERRAJOLI, 2011, p. 105).

Entende Ferrajoli que a questão tem importantes implicações práticas, em especial o enfraquecimento do valor vinculante dos princípios jurídicos, que, conforme o neoconstitucionalismo, devem ser realizados na maior medida do possível. O âmbito daquilo que é possível seria determinado pelas regras, que, quando válidas, devem ser cumpridas em seus exatos termos. Nesse sentido, os

princípios seriam meros objetivos cuja busca é recomendada aos poderes públicos, com baixíssimo alcance normativo (FERRAJOLI, 2011, p. 107-109).

A respeito da ponderação, refere o autor que a mesma é tida como o mecanismo de aplicação (solução de conflitos) entre princípios, ao passo que a aplicação das regras se dá pela subsunção. Apesar de admitir a importância da ponderação, entende o autor que ela tem sido excessivamente dilatada, ocasionando, inclusive, situações de desrespeito à Constituição (FERRAJOLI, 2011, p. 109-110).

A partir do que foi acima exposto, verifica-se que a distinção entre princípios e regras, bem como a técnica da ponderação, gera controvérsias não só entre os neoconstitucionalistas, mas também entre seus críticos. De qualquer forma, a distinção encontra amplo acolhimento no Direito brasileiro, sendo frequentemente empregada não só pela doutrina, mas também no âmbito da prática dos Tribunais. De modo geral, é possível afirmar que as regras se aplicam pela subsunção (tudo ou nada), ao passo que a aplicação dos princípios se dá pela ponderação (sopesamento). Com um papel de maior relevância dado aos princípios, o método da ponderação passa a ter uma maior aplicação, conferindo mais larga esfera de atuação dos julgadores, de modo a atender as circunstâncias do caso concreto.

2.2.3 A conexão entre Direito e moral

Para tratar da conexão entre o direito e moral, cumpre, em um primeiro momento, fazer referência a Ronald Dworkin, crítico direto do positivismo jurídico (JUNIOR, 2017, p. 4), tendo sua teoria, entre outras influências, servido como um dos marcos de uma maior abertura do Direito para a consideração de questões de ordem moral. Tal abertura se dá através dos princípios, que, para o autor, possuem o seguinte conceito (na transcrição a seguir, será também exposto o conceito de "políticas", eis que auxilia na compreensão do sentido do termo "princípios" utilizado por Dwokin):

> Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma

> situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou eqüidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio (DWORKIN, 2002, p. 36).

Para exemplificar o que entende por princípios, o autor utiliza julgamentos reais. O primeiro deles é o caso *Riggs contra Palmer,* decisão proferida por um tribunal de Nova Iorque, no ano de 1889 (DWORKIN, 2002, p. 55). Em síntese, a controvérsia girava em torno de se decidir se um herdeiro (neto), devidamente nomeado em testamento pelo seu avô, poderia usufruir da herança decorrente do referido instrumento, apesar de ter assassinado o avô com o comprovado objetivo de receber o patrimônio.

No julgamento, o tribunal iniciou afirmando que a literal interpretação da legislação atinente ao testamento imporia a concessão da propriedade ao assassino. Todavia, na sequência, foi asseverado que as leis e os contratos podem ser limitados através de máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro (*common law*, formato utilizado pelos Estados Unidos). Diante disso, ninguém pode tirar proveito do próprio ato ilícito ou basear qualquer reivindicação em um ato de iniquidade por si mesmo cometido. Ao final, e por estas razões, o tribunal decidiu que o assassino não teria direito à herança.

O segundo caso indicado é o *Henningsen contra Bloomfield Motors*, decisão proferida por um tribunal de Nova Jérsei em 1969 (DWORKIN, 2002, p. 56-57). Neste caso, houve a compra de um veículo, formalizada por meio de contrato que previa a limitação da responsabilidade do fabricante (Bloomfield Motors) por defeitos ao mero conserto das partes defeituosas, o que substituiria todas as outras garantias, obrigações ou responsabilidades. Em virtude de um acidente ocasionado por defeito no veículo, o comprador (Henningsen) demandou a fabricante em Juízo, requerendo que a referida limitação não se fosse aplicada ao seu caso, devendo, portanto, a fabricante ser obrigada a reparar todas as despesas das pessoas feridas na colisão (despesas médicas, etc.).

Apesar de não ter apontado qualquer legislação que amparasse sua pretensão, a mesma foi acolhida pelo tribunal. Na decisão, o tribunal menciona a existência do princípio geral de que aquele que não lê o contrato, salvo comprovada fraude, não pode pretender, posteriormente, uma mitigação de seus encargos.

Contudo, por se tratarem os veículos de bens comuns e necessários para os atos da vida cotidiana, bem como por implicarem em sério perigo ao motorista, passageiros e pedestres, o fabricante possui especial obrigação a respeito da sua fabricação, promoção e venda. Diante disso, devem os julgadores examinar com afinco os contratos envolvendo tais situações, a fim de verificar se estão sendo resguardados os interesses dos consumidores e do público. Foi referido pelo tribunal, também, que os tribunais não podem ser utilizados como instrumentos de injustiça.

Para Dworkin, os padrões encontrados nos dois exemplos mencionados são do tipo princípios jurídicos, e não regras jurídicas (DWORKIN, p. 57).

É relevante destacar que, em ambas as decisões referidas, os fundamentos utilizados pelos tribunais, ao menos em princípio, não encontravam suporte na legislação da época. Não havia, pelo que se depreende dos relatos do autor, sequer algum dispositivo que permitisse aos julgadores a aplicação de critérios como “equidade”, “justiça” ou “moralidade” nas decisões. Ainda assim, para Dworkin, os padrões funcionam como princípios jurídicos, ou seja, fazem parte da esfera daquilo que se considera Direito.

Esta compreensão é bastante presente no neoconstitucionalismo, sendo as lições de Dworkin muito utilizadas por autores que defendem esta corrente, como já mencionado em momento anterior.

Para o neoconstitucionalismo, a conexão entre o Direito e a moral é questão altamente relevante, chegando a ser sustentado, inclusive, que o mesmo gira em torno da tese da conexão necessária entre Direito e moral, conforme aponta Mauro Barberis. Para o autor, a referida ideia pode se manifestar por meio das seguintes teses, todas por ele criticadas: i) conexão definitória necessária: por definição, há uma conexão entre Direito e moral. Considerando a incorporação de valores morais na Constituição, não haveria mais distinção entre Direito e moral, sendo uma norma imoral considerada contrária ao ordenamento jurídico; ii) conexão justificativa necessária entre Direito e moral. Nos Estados constitucionais, uma norma deve ser observada e aplicada apenas se corresponder ao conteúdo moral constante na Constituição. Em última análise, a justificativa das decisões jurídicas seria exclusivamente moral; iii) conexão interpretativa necessária entre Direito e moral, pelo que o Direito deveria necessariamente ser interpretado em conformidade com a moral, fazendo com que, na atividade interpretativa, deva ser escolhido o sentido que mais se coadune com a moral (BARBERIS, 2006, p. 22-23).

Para Suzanna Pozzolo (2006, p. 237-238), a teoria neoconstitucionalista prega que uma norma, para ser considerada (qualificada) como jurídica, precisa conter um expresso teor de justiça. Este conteúdo não seria um ideal externo, mas um elemento constitutivo determinado a partir de valores presentes na Constituição. A justiça passaria a integrar os critérios de validade do sistema, fazendo parte da regra de reconhecimento.

A autora critica essa visão, afirmando que a moral e a justiça não se confundem com o Direito. Em suas palavras:

> Moral e justiça são sistemas externos ao direito positivo.
> O neoconstitucionalismo afirma que a regra de reconhecimento pode incorporar critérios morais, de tal modo defende a tese da unidade do raciocínio prático. Como é conhecida a regra de reconhecimento permite identificar ou determina os critérios de validade e de identificação das normas do sistema. Embora, diferentemente do neoconstitucionalismo, com uma perspectiva descritiva juspositivista, o processo de produção do direito não é necessariamente um processo de pesquisa da correção moral, a eventual presença de critérios morais entre aqueles da regra de reconhecimento não é coisa que falte à tese da separação (NARVAEZ-POZZOLO, 2003). De fato, mesmo se toda regra de reconhecimento exigisse que o direito válido fosse moralmente correto isso não enfraqueceria a distinção conceitual, já que a correção moral e aquela jurídica seriam de qualquer forma definições diferentes e a sua coincidência seria um fato contingente: haveria co-extensividade, mas não co-intencionalidade (POZZOLO, 2006, p. 239).

Ricardo Marcondes Martins também trabalha o tema da conexão da moral com o Direito. Para o autor, ao se entender que o ordenamento jurídico é composto de valores e que a aplicação das normas ocorre pela via da ponderação, há um pressuposto de vinculação entre Direito e moral (MARTINS, 2017, p. 23).

Para o autor, o neoconstitucionalismo adota a premissa de que nem sempre a valoração é subjetiva, sendo muitas valorações dotadas de objetividade, devendo prevalecer ainda que em desacordo com a vontade da maioria. O agente competente (*v.g.*, o Poder Legislativo) possui amplo, porém não irrestrito, âmbito de decisão, eis que limitado por restrições valorativas. Isso implica em reconhecer uma necessária vinculação entre Direito e moral, não, porém, uma supremacia da moral, de modo que as normas jurídicas que lhe forem contrárias sejam inválidas, característica própria do jusnaturalismo. No neoconstitucionalismo não há, para o autor, uma relação de subordinação: as exigências morais que conformam a atuação dos agentes competentes integram o ordenamento jurídico, ou seja, as restrições impostas aos agentes são jurídicas, não morais. Pressupõe-se, nesse

sentido, o acolhimento de uma ordem objetiva de valores por parte da Constituição (MARTINS, 2017, p. 23-24).

O autor salienta que não é qualquer moral que possui necessária imbricação com o Direito. Para explicar sua colocação, recorre à terminologia de Herbert Lionel Adolphus Hart, afirmando o seguinte:

> Há, pois, conceitualmente, uma imbricação necessária entre o Direito e a Moral; não qualquer moral, mas, seguindo a terminologia de Hart, a moral crítica, passível de ser generalizada, considerada objetivamente impositiva para todos. (MARTINS, 2017, p. 24-25).

Ao que tudo indica, houve confusão por parte do autor. Em trecho anterior, o mesmo explica a terminologia de Hart de forma diferente, afirmando que “Hart distinguiu a ‘moral positiva’, aceita e compartilhada por um grupo, da ‘moral crítica’, geral, utilizada para crítica das instituições sociais.” (MARTINS, 2017, p. 24). O autor parece, no trecho transcrito, ter utilizado (corretamente) a definição de “moral positiva”, porém (incorretamente) a nomenclatura “moral crítica”. Para solucionar a questão, cumpre transcrever as lições de H.L.A. Hart:

> Buscando melhor esclarecer, restauraríamos a terminologia preferida pelos utilitaristas do século passado quanto à distinção entre "moral positiva" (*positive morality*), como a moral aceita e compartilhada por um dado grupo social, e princípios morais gerais (*general moral principles*) usados, atualmente, na critica das instituições sociais. Podemos chamar a esses princípios gerais de "moral crítica" e, afinal, dizer que o nosso propósito é proceder a uma crítica moral sobre a coerção legal da moral positiva. (HART, 1987, p. 46).

Assim sendo, verifica-se que a “moral positiva” diz respeito àquela aceita e compartilhada por um grupo social, o que reforça e soluciona o equívoco constatado, podendo afirmar-se que, para Martins, é esta a “categoria” de moral que possui necessária ligação com o Direito.

Para Daniel Sarmento (p. 4), o reconhecimento da força normativa dos princípios de elevado teor axiológico (dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade social, entre outros) implica em uma abertura, por parte do Direito, para um debate mais íntimo com a moral. Para o autor, este ponto representa uma das grandes divergências internas do neoconstitucionalismo, havendo, de um lado, os positivistas, para quem não há necessária, mas apenas contingente, conexão entre Direito e moral. De outro lado, a corrente “não-positivista” prega a existência

de uma necessária conexão, aderindo à ideia de que normas “terrivelmente” injustiças não possuem, por este motivo, validade jurídica.

Ressalta o autor que este debate perde muito em importância pelo fato de as constituições contemporâneas, em geral, contemplarem uma série de valores morais, que, por esta razão, estariam inseridos no sistema jurídico, especialmente pela via dos princípios. Apesar de não ter ocorrido uma eliminação das fronteiras entre Direito e moral, permanecendo sua distinção (o que o autor considera essencial nas sociedades complexas), as fronteiras entre eles tornaram-se menos rígidas (SARMENTO, p. 4-5).

Sarmento adverte que não há uma posição clara dos neoconstitucionalistas acerca da forma como os valores morais devem ser aplicados. Diante de sua vagueza e falta de determinação, é possível fazer-se leituras diversificadas. Considerando o pluralismo e a complexidade das sociedades atuais, nas quais o consenso moral é cada vez menor, este debate mostra-se da mais alta relevância. Por certo, o pluralismo impede que as decisões sejam tomadas com base em argumentos de cunho jusnaturalista (com apelo, por exemplo, a questões da natureza) para solucionar as controvérsias jurídicas, uma vez que tal argumentação seria carente de legitimidade (SARMENTO, p. 5).

A conexão entre Direito e moral, como exposto acima, é elemento altamente relevante do neoconstitucionalismo. Ainda que não se possa afirmar que a doutrina neoconstitucionalista, de modo uníssono, pregue que o Direito deve curvar-se à moral, é possível constatar, ao menos, que se defende uma maior aproximação entre Direito e moral, especialmente através dos princípios constitucionais.

2.2.4 A interpretação jurídica

A interpretação do Direito é também elemento importante para o neoconstitucionalismo, havendo quem afirme a existência de “uma nova dogmática de interpretação constitucional”, movimento incentivado pela constitucionalização de direitos materiais e processuais, retirando o núcleo hermenêutico do Direito infraconstitucional. Entende Eduardo Cambi que a nova interpretação constitucional permite ajustar a Constituição às circunstâncias do caso concreto, o que possibilita a solução das complexas colisões entre direitos fundamentais (CAMBI, 2007, p. 17).

O autor explica a utilização de alguns princípios na atividade da interpretação constitucional, nos termos seguintes:

> No contexto da nova dogmática da interpretação constitucional, princípios como o da unidade da Constituição (pelo qual o intérprete deve considerar as normas constitucionais não como preceitos isolados e dispersos, mas sim integrados a um sistema unitário de regras e princípios, evitando, com isto, contradições entre as normas constitucionais), o do efeito integrador (na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social), o da máxima efetividade (à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê), o da conformidade funcional (o intérprete não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional, o da concordância prática ou da harmonização (o qual procura impor à coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de modo a evitar o sacrifício – total – de uns em relação aos outros), o da força normativa da Constituição (pelo qual deve dar primazia às soluções hermenêuticas quem ressaltem a eficácia ótima da Lei Fundamental) e, ainda, o princípio das leis conforme a Constituição (que permite o controle de constitucionalidade das leis). (CAMBI, 2007, p. 18).

Eduardo Cambi faz menção, também, ao princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (ao que parece, o autor entende tratarem-se de sinônimos), decorrente da garantia do devido processo legal em sentido substancial (CAMBI, 2007, p. 19).

Salienta o autor a importância da dignidade da pessoa humana, valor máximo do Direito, na solução de conflitos entre direitos fundamentais, afirmando que deverá prevalecer o entendimento que lhe preste maior deferência. Cambi reconhece, contudo, a dificuldade na tarefa de concretização da dignidade da pessoa humana, o que decorre da elevada abstração de seu conteúdo, que acaba se tornando, inclusive, relativo, de modo que a referida concretização deverá ocorrer no âmbito do caso concreto (CAMBI, 2007, p. 19-21).

Na visão de Luís Roberto Barroso, para quem toda a interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional (uma vez que a Constituição será, sempre, direta ou indiretamente, aplicada), a Constituição pode ser aplicada das seguintes formas:

> a) Diretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5°, LVI);
> b) Indiretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

> (i) antes de aplicar a norma. o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;
> (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais (BARROSO, 2005, p. 22).

Suzanna Pozzolo (2006, p. 240) trata da tese neoconstitucionalista da especificidade da interpretação constitucional. Para a autora, a tese objetiva evidenciar a necessidade de uma interpretação moral da Constituição, o que entende ser problemático em alguns aspectos (POZZOLO, 2006, p. 242).

O primeiro problema seria que a interpretação moral implica em não se poder assumir a Constituição como a mais elevada norma do ordenamento jurídico, tendo em vista que ela deve ser interpretada com base em valores a ela superiores, “supraconstitucionais”, por assim dizer. O segundo problema diz respeito ao equilíbrio entre os três poderes, que, na visão da autora, é atingido, pois do Poder Legislativo seria tolhido o papel de realizar as escolhas políticas, conferindo um aumento de poder aos julgadores, sem a necessária contrapartida em termos de aumento das responsabilidades institucionais (POZZOLO, 2006, p. 242).

Lenio Luiz Streck manifesta preocupação no sentido da necessidade da existência de um controle efetivo da interpretação do direito realizada pelos magistrados. Para o autor, não se pode admitir o comprometimento da Democracia representativa, que ocorreria ao se autorizar uma ampla margem de discricionariedade ao Poder Judiciário. O poder dos juízes não pode sobrepor-se ao próprio Direito, sendo inaceitável a ideia de que o Direito é aquilo que os julgadores dizem ser (STRECK, 2009, p. 13).

O autor alerta que não se pode substituir a discricionariedade presente no positivismo por outra, ainda mais ampla, baseada na abertura dos princípios. Para superar o problema da discricionariedade, entende o autor ser necessário assumir-se a possibilidade da existência de uma resposta correta para todo e qualquer caso. Streck entende que o atual estágio do Estado Democrático de Direito é incompatível com a possibilidade de resposta variadas (STRECK, 2009, p. 13-14).

Pelo exposto, pode-se perceber que, no neoconstitucionalismo, a interpretação jurídica se dá de modo a serem observadas e atendidas as circunstâncias do caso concreto, o que justificaria, inclusive, uma maior margem de atuação dos julgadores.

2.2.5 Supremacia e protagonismo do Poder Judiciário

A última característica do neoconstitucionalismo a ser analisada é da supremacia e do protagonismo do Poder Judiciário, que se verifica, especialmente, através dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

Sobre o assunto, assevera Miguel Carbonell que o neoconstitucionalismo confere grande relevância aos julgadores, gerando uma "explosão" da atividade jurisdicional e admitindo certo grau de ativismo por parte do Poder Judiciário, certamente maior em relação ao que se admitia em tempos anteriores (CARBONELL, 2010a, p. 155). O autor traz interessantes exemplos da atuação do Poder Judiciário neste novo paradigma:

> La actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán al ordenar tempranamente em la década de los cincuenta del siglo passado la disolución de los partidos neonazis, el trabajo de la Corte Constituzionale italiana para hacer exigibles los derechos sociales previstos em la Constitución de ese país, las sentencias del Tribunal Constitucional español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el Estado central y las comunidades autónomas, son casos que nos ilustran sobre el papel central que tienen los jueces constitucionales dentro de la consolidación democrática (CARBONELL, 2010a, p. 156).

Para Carbonell, também na América Latina encontram-se exemplos nesse sentido, inclusive no Brasil, onde, na visão do autor, os magistrados têm salvado vidas ao determinar a entrega de medicamentos essenciais a pessoas desprovidas de recursos econômicos (CARBONELL, 2010a, p. 156).

Para Luís Roberto Barroso, a Constituição Federal de 1988 provocou um aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira, em função da conscientização das pessoas sobre seus direitos e pela criação de novos direitos e mecanismos de tutela contidos em seu texto. Neste contexto, os magistrados passam a desempenhar papel de maior relevância, podendo observar-se, nos últimos anos, uma considerável ascensão institucional do Poder Judiciário, que passou a exercer importante função política, e não meramente técnica, como ocorria outrora. A partir desse conjunto de fatores, é possível verificar um expressivo movimento de judicialização da política, o que faz com que decisões a respeito de temas políticos e sociais sejam tomadas, em última instância, pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2005, p. 36).

O autor faz menção, ainda, à questão das possibilidades e limites da função judicial, devendo ser analisada sua legitimidade (BARROSO, 2005, p. 37). O autor entende que se trata de relevante debate envolvendo tensões entre constitucionalismo e Democracia, salientando que esta não se resume ao princípio majoritário, sendo necessária a preservação de outros princípios, bem como dos direitos das minorias. O processo político majoritário, para Barroso, muitas vezes se move em razão de interesses, ao passo que a Democracia fundamenta-se em valores que, em várias situações, somente poderão ser protegidos a partir de uma atuação ativa do Poder Judiciário (BARROSO, 2005, p. 41).

A respeito da ascensão institucional do Poder Judiciário, o referido autor aborda a temática através da análise de cinco pontos essenciais, quais sejam: a jurisdição constitucional, a judicialização da política e das relações sociais, o ativismo judicial, as críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira e a importância e os limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas (BARROSO, 2010, p. 7-14).

Já se tratou, em momento anterior da presente pesquisa, a respeito da jurisdição constitucional, remetendo-se, portanto, ao conteúdo exposto. Para este momento, mostra-se suficiente a breve menção de que, para o autor, no contexto do Estado Constitucional, a Constituição passa a valer como norma jurídica, não apenas disciplinando o modo de produção dos atos normativos, mas também estabelecendo limites para o seu conteúdo e impondo limites de atuação ao Estado (BARROSO, 2010, p. 7-8). Para o autor, “A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais.” (BARROSO, 2010, p. 8).

A respeito da judicialização da política e das relações sociais, menciona Barroso que a palavra “judicialização” significa que questões políticas, sociais ou morais são decididas pelo Poder Judiciário, havendo um incremento do poder das instituições judiciais em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo. Para o autor, a judicialização se verifica em escala mundial (BARROSO, 2010, p. 8).

As causas para a marcante presença do fenômeno da judicialização são, em síntese, as seguintes: i) reconhecimento da relevância de um Poder Judiciário forte e independente, ii) a desilusão da população em geral com a política majoritária e iii) a preferência, por parte dos atores políticos, que determinadas questões geradoras de intenso desacordo moral sejam decididas pelo Poder Judiciário, evitando o desgaste

decorrente da deliberação e enfrentamento desses temas no ambiente político. Na visão de Barroso, o fenômeno assume elevada proporção, havendo diversos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (especialmente) a respeito de temas de grande relevância política, social ou moral (BARROSO, 2010, p. 9). Para o autor, no contexto brasileiro, “a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós” (BARROSO, 2010, p. 10). O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro se dá tanto através da forma difusa (qualquer juiz ou Tribunal pode anunciar a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo dentro de um caso concreto) como da forma concentrada (a compatibilidade do ato normativo à Constituição é analisada em tese, fora de um caso concreto). O autor entende que este contexto faz da judicialização uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, sendo, por isso, inevitável (BARROSO, 2010, p. 10).

Na sequência, o autor trata a respeito do ativismo judicial, terceiro ponto atinente à ascensão institucional do Poder Judiciário. O termo tem origem nos Estados Unidos, tendo sido utilizado para fazer referência à atuação da Suprema Corte Norte-Americana no período de 1954 até 1969, quando foi presidida por Earl Warren, tendo a Corte promovido verdadeira revolução acerca de questões políticas através de uma jurisprudência progressista, independentemente de qualquer ato normativo. Para Barroso, a ideia de ativismo liga-se a uma maior participação do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais, exercendo maior interferência na atuação dos demais Poderes (BARROSO, 2010, p. 10-11).

O autor salienta que há diversos julgados em que se pode verificar uma postura ativista do Supremo Tribunal Federal, tendo havido certo distanciamento dos julgadores da típica função de aplicação do Direito, aproximando-se da função de criação (BARROSO, 2010, p. 11). Nas palavras do autor:

> No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário (...) b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição (...) c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador (...) como no de políticas públicas insuficientes (...) (BARROSO, 2010, p. 11).

Barroso diferencia a judicialização, considerada por ele como uma circunstância do desenho institucional pátrio, do ativismo judicial, que se mostra como a escolha de um modo proativo de interpretação da Constituição, expandido seu alcance. O ativismo tem, como ideia oposta, a autocontenção judicial, que se refere à redução da interferência do Poder Judiciário na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo (BARROSO, 2010, p. 11).

O autor aborda, também, as críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira, que podem ser assim identificadas: crítica político-ideológica, crítica quanto à capacidade institucional e crítica quanto à limitação do debate. A primeira pode ser sintetizada na afirmação de que os magistrados não são agentes públicos investidos pela manifestação da vontade popular, razão pela qual carecem de legitimidade democrática para a prática de atos de cunho ativista (BARROSO, 2010, p. 12). A segunda crítica baseia-se em duas ideias formuladas para limitar a atuação do Poder Judiciário, que são a capacidade institucional (verificação sobre qual Poder possui maior habilitação para decidir a respeito de determinado tema, se entendo que o Poder Judiciário não é o mais indicado para atuar no caso de assuntos que envolvem, por exemplo, aspectos científicos de grande complexidade, por lhe faltar conhecimento específico) e o risco dos efeitos sistêmicos (os magistrados, via de regra, não são preparados para avaliar o impacto de suas decisões fora do caso concreto, o que pode gerar situações negativas) (BARROSO, 2010, p. 12-13). A terceira crítica refere-se a duas consequências da judicialização: a elitização do debate, excluindo os muitos que não têm acesso ao *locus* de discussão jurídica, e, na via inversa, um excessivo teor político para o ambiente dos Tribunais, cujos membros devem atuar por intermédio da razão, e não movidos por visões políticas, o que é próprio do ambiente parlamentar (BARROSO, 2010, p. 13).

O último ponto atinente à ascensão institucional do Poder Judiciário abordado pelo autor é a importância e os limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas. Para Barroso, a importância está no papel a ser desempenhado pelos Tribunais Constitucionais (no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal), que é o de “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático” (BARROSO, 2010, p. 14). Nas situações que não digam respeito a direitos fundamentais ou a procedimentos democráticos, o Poder Judiciário deve acatar a escolha feita pelo Poder Legislativo e respeitar o exercício

da discricionariedade do Poder Executivo. Nisso reside o limite da jurisdição constitucional (BARROSO, 2010, p. 14).

Cabe abordar, também, os autores críticos a ideia de uma maior atuação do Poder Judiciário. Nesse sentido, Dimitri Dimoulis (2008, p. 7) discorda das premissas que sustentam a afirmação de que a inexistência ou atrofia de um controle judicial de constitucionalidade vai de encontro ao Estado Constitucional. Tais premissas seriam as seguintes:

> Primeiro, que a falta de previsão de sanção direta e "fulminante" equivale à autorização de uma conduta. Segundo, que os representantes eleitos pelo povo soberano são *a priori* suspeitos de violar a Constituição e só a presença de um juiz com poderes de afastamento da lei pode impedir a inconstitucionalidade (DIMOULIS, 2008, p. 8).

Para o autor, não há indicativos que justifiquem afirmar que a Constituição torna-se mais suscetível de descumprimento mediante a atuação do Poder Legislativo, cuja compreensão poderá, eventualmente, ser diversa daquela adotada no âmbito do Poder Judiciário. Em outras palavras, tanto o legislador quanto o magistrado estão suscetíveis à realização de atos arbitrários. Outrossim, considerar que se instauraria um "Estado Legal" (e não um desejado Estado Constitucional) na hipótese de se conferir ao legislador o poder de "dar a última palavra", o autor reflete que atribuir este poder aos julgadores poderia configurar, em verdade, um "Estado Judicial", e não, como afirmam os neoconstitucionalistas, um Estado Constitucional (DIMOULIS, 2008, p. 8).

Humberto Ávila (2009, p. 16) é também crítico à ideia de que o Poder Judiciário deva possuir maior participação em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, determinando a solução entre conflitos morais.

Para o autor, o Poder que permite o respeito à pluralidade de valores é o Legislativo, através dos mecanismos públicos de discussão e votação, pelos quais se obtém a participação e opinião de todos para a decisão dos mais variados temas. Não se pretende, com isso, uma diminuição da importância do Poder Judiciário, que tem o relevante papel de adequar a generalidade das normas à individualidade dos casos concretos, aplicando, entre os sentidos possíveis, aquele que mais se coaduna à Constituição. Não se propõe a diminuição do Poder Judiciário, mas sim afirmar a importância do Poder Legislativo (ÁVILA, 2009, p. 16-17).

Cumpre referir, por fim, a pesquisa empírica publicada por Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo envolvendo as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's). Os autores levantam dúvidas a respeito de uma efetiva contribuição para a defesa dos direitos fundamentais por parte do Supremo Tribunal Federal nas decisões proferidas em sede de ADI. Para o desenvolvimento do trabalho, foram analisadas as ADI's iniciadas nos anos de 1988 até 2012, período no qual foram apreciadas aproximadamente 4.900 ações (COSTA; BENDINDO, 2014, p. 6-7). Embora a pesquisa diga respeito à concentração das decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e não exatamente a um maior protagonismo do Poder Judiciário em relação aos demais poderes (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 7), muitas de suas constatações interessam diretamente ao presente estudo. Sem adentar nos números levantados e analisados na pesquisa, cumpre, neste momento, apresentar algumas das principais constatações a que chegaram os autores.

Um primeiro ponto a ser referido é apontamento feito pelos autores no sentido de que todos os agentes legitimados promovem ADI's visando, preponderantemente, a defesa de interesses próprios ou das corporações as quais se vinculam (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 20).

Fator que causa preocupação aos autores é a existência de considerável quantidade de processos relacionados aos servidores públicos ligados ao Poder Judiciário, o que aponta para uma convergência de interesses corporativos entre aquele que move o processo e o seu julgador (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 28).

Outrossim, as entidades corporativas representam o principal litigante em termos de ADI, com o maior número de ações ajuizadas no período analisado (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 55).

A respeito dos direitos fundamentais, observam Costa e Benvindo (2014, p. 63) a existência de um reduzido número de processos, especialmente dentro da esfera das ADI's, julgadas procedentes. Para os autores, isso mostra que o debate sobre direitos fundamentais não tem ocupado espaço de destaque no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

Ainda sobre os casos de procedência baseados em direitos fundamentais, há uma preponderância dos interesses corporativos sobre a efetiva defesa dos direitos fundamentais, que são utilizados como mera base de argumentação para a garantia de interesses das instituições legitimadas para mover a ADI, e não para a proteção dos direitos do cidadão (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 71).

Em sede conclusiva, os autores afirmam o seguinte:

> Essas constatações conduzem a corroborar a hipótese de que, na atuação concentrada, o STF realiza basicamente um controle da própria estrutura do Estado, voltada à preservação da competência da União e à limitação da autonomia dos estados de buscarem desenhos institucionais diversos daqueles que a Constituição da República atribui à esfera federal. Além disso, nas poucas decisões em que o STF anula normas com base na aplicação dos direitos fundamentais, existe uma preponderância de interesses corporativos.
> Tudo isso indica que deve ser repensada a narrativa comum que atribui um grande mérito à Constituição de 1988 por ela ter ampliado substancialmente o rol de legitimados para propor ações de controle concentrado. De fato, o rol foi ampliado, mas basicamente com a introdução de entidades que atuam na defesa dos seus interesses corporativos e que são muito abertas a serem cooptadas por interesses de grupos de pressão. Além disso, devemos ter em mente que a jurisprudência defensiva do STF, com a afirmação e ampliação dos requisitos de pertinência temática, limitou sensivelmente a possibilidade de que as entidades corporativas pudessem adotar uma atuação que ultrapassasse a defesa corporativa dos seus próprios interesses. Todavia, essa percepção também deve ser temperada pela constatação de que as decisões obtidas pela única entidade corporativa que não está sujeita à pertinência temática, a OAB, estão longe de mostrar uma especial concentração na defesa do interesse público e dos direitos da coletividade (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 78).

Por tudo isso, nota-se que a supremacia e o protagonismo do Poder Judiciário, verificáveis especialmente através da judicialização e do ativismo judicial, em que pese sejam recebidos com elogios pelos defensores do neoconstitucionalismo, são também alvo de severas críticas no âmbito doutrinário.

2.2.6 O neoconstitucionalismo e a permanente tensão com o Estado de Direito

Crítica frequentemente apresentada em face do neoconstitucionalismo é a de que o mesmo vai de encontro aos fundamentos do Estado de Direito. É de grande relevância, portanto, a análise da questão.

Sobre a temática, cumpre fazer referência à tese de Doutorado de Jorge Octávio Lavocat Galvão, cujos pontos de interesse para a presente pesquisa serão a seguir destacados.

Afirma o autor que o Estado de Direito carrega consigo a premissa da necessidade de respeito aos compromissos institucionais (especialmente as leis) assumidos pela sociedade, cuja inobservância somente se justifica quando as razões de justiça substantiva superarem a moralidade intrínseca das leis, situação

absolutamente excepcional e aferível *prima facie*, de rara ocorrência em uma sociedade complexa e plural (GALVÃO, 2012, p. 174).

Nesse sentido, Galvão entende que o neoconstitucionalismo, que tem como foco a transformação da sociedade através da interpretação constitucional, enfraquece o ideal de Estado de Direito, nos seguintes aspectos:

> A ênfase no controle de constitucionalidade das leis, por exemplo, enfraquece os elementos da positividade e da orientação ao bem comum ao desconfiar da política ordinária como instrumento apropriado para o estabelecimento dos compromissos em nome da sociedade. O Neoconstitucionalismo parece partir do pressuposto de que os parlamentares agem imbuídos apenas de interesses privados e de que há uma moralidade externa à política que pode ser consultada pelos juízes. Tais premissas contrariam a ideia de que as normas jurídicas são editadas por procedimentos democráticos criados com o fito de coordenar as condutas em meio à pluralidade de perspectivas (GALVÃO, 2012, p. 174).

Na sequência, o autor afirma que, no contexto do Estado de Direito, é essencial a edição de normas jurídicas claras, públicas, prospectivas e gerais, aptas a servir, desta forma, como guias de conduta. Isso gera previsibilidade e certeza jurídica, fundamentais no Estado do Direito (GALVÃO, 2012, p. 175-176).

Para Galvão (2012, p. 181), o neoconstitucionalismo tira (ou, ao menos, enfraquece) a capacidade das normas de excluir as razões do intérprete (as leis possuem suas próprias razões, formuladas a partir do debate legislativo), podendo, a todo o momento, haver nova discussão do mérito da lei no momento da aplicação. A ideia de transformação da sociedade pela interpretação constitucional faz com que a constitucionalidade das leis seja constantemente questionada e revisada, sendo consequência disso a desorientação dos cidadãos, que ficam sem saber, de antemão, que postura devem assumir para se portarem em conformidade ao Direito.

Visando oferecer uma solução para os problemas expostos, o autor apresenta a ideia de “Constituição modesta” (GALVÃO, 2012, p. 190). Para ilustrar a referida ideia, o autor faz nova menção ao neoconstitucionalismo, afirmando que o mesmo defende que as relações intersubjetivas devem ser mediadas, em primeiro lugar, por valores e princípios inseridos na Constituição, cuja compreensão demanda considerações de ordem moral. Ocorre que em uma sociedade marcada pela pluralidade não há uma moral majoritária, menos ainda unitária, o que torna inadequada a atribuição da função de decidir questões coletivas de maior relevo ao Poder Judiciário, em detrimento da política majoritária (Poder Legislativo). O

neoconstitucionalismo simplesmente desconsidera os constantes desacordos morais existentes no seio social. Galvão entende ser preciso abandonar a crença de que a Constituição contém as soluções para todos os problemas da sociedade, devendo ser adotada a ideia de “Constituição modesta”, através da qual se entende que a Constituição deve estabelecer a estrutura básica do governo e delinear as regras procedimentais a serem observadas pelo mesmo, sem dispor (ou fazê-lo em pouca medida) a respeito de como os demais poderes devem agir, o que deve ser feito em sede de fóruns públicos dotados de representatividade (GALVÃO, 2012, p. 191).

Nesse sentido, a jurisdição constitucional teria como principais propósitos a delimitação de competências dos órgãos estatais e a fiscalização desses limites, a fim de que não sejam usurpados. Isso implica no reconhecimento de uma ampla margem de conformação por parte do Poder Legislativo, que poderá adotar uma entre as muitas concepções razoáveis de direitos. Apenas em casos verdadeiramente excepcionais, nos quais o legislador edite leis inquestionavelmente injustas, poderá o Poder Judiciário atuar de maneira interventora (GALVÃO, 2012, p. 192).

Ponto que também merece atenção diz respeito à segurança jurídica, que, nas palavras de Odete Medauar (2005, p. 114), é um dos principais elementos que constituem o Estado de Direito.

A autora traz a seguinte síntese da ideia de segurança jurídica:

> Em essência segurança jurídica diz respeito à estabilidade das situações jurídicas. Expressa a condição do indivíduo como sujeito ativo e passivo das relações sociais, quando podendo saber quais são as normas jurídicas vigentes, tem fundadas expectativas de que elas se cumpram. A sociedade necessita de uma dose de estabilidade, decorrente, sobretudo, do sistema jurídico. A segurança jurídica permite tornar previsível a atuação estatal e esta deve estar sujeita a regras fixas. Diz respeito, assim, à estabilidade da ordem jurídica e à previsibilidade da ação estatal (MEDAUAR, 2005, p. 115).

Medauar refere, ainda, o entendimento de muitos autores no sentido de que o Direito é concebido justamente para proporcionar segurança na vida social, de modo que a segurança jurídica seria a motivação básica do Direito (MEDAUAR, 2005, p. 115).

A segurança jurídica possui determinadas decorrências, que facilitam sua compreensão e aplicação, podendo ser citadas a exigência de leis claras e precisas, a proibição de normas com conteúdo excessivamente vago, a proteção da

confiança, bem como outros princípios jurídicos consagrados em nosso ordenamento, como o da irretroatividade, do respeito ao direito adquirido, etc. (MEDAUAR, 2005, p. 115-116).

Em ponto específico, a autora aborda o denominado princípio da confiança legítima, corolário da segurança jurídica. A confiança legítima refere-se à confiança dos indivíduos na continuidade das leis, o que, por óbvio, não protege os cidadãos de toda e qualquer alteração legislativa, mas oferece respaldo i) em relação a direitos ainda não adquiridos, mas em vias de assumirem tal condição, ii) acerca das promessas da Administração Pública, geradores de fundada expectativa, e iii) contra alterações normativas excessivamente abruptas, ainda que ocorridas em conformidade ao processo legislativo (MEDAUAR, 2005, p. 117).

Em que pese tal ponto não tenha sido referido pela autora, é possível inferir que a perspectiva neoconstitucionalista vai de encontro à segurança jurídica, uma vez que, ainda que não promova uma alteração legislativa através da mudança do teor do texto legal, a expansão da jurisdição constitucional pode acabar realizando uma verdadeira alteração na legislação, ainda que a redação legal seja preservada, gerando grave insegurança por parte dos destinatários das normas.

Portanto, verifica-se que a principal crítica ao neoconstitucionalismo é a de que o mesmo contraria premissas básicas do Estado de Direito, especialmente a noção de segurança jurícia.

3 A postura neoconstitucionalista do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Direito Previdenciário

A partir deste momento, será feita uma análise do fenômeno neoconstitucionalista na prática do Supremo Tribunal Federal, com foco específico em julgados relevantes envolvendo o Direito Previdenciário, proferidos em sede de repercussão geral. A análise permitirá verificar se os fundamentos da teoria neoconstitucionalista estão presentes nas decisões do Tribunal e, em caso positivo, quais as implicações disso.

3.1 Recurso Extraordinário nº. 631.240/MG: necessidade de prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Poder Judiciário

3.1.1 Síntese

O Recurso Extraordinário nº. 631.240/MG, *leading case* do tema de repercussão geral nº. 350 ("Prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário"), foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal no dia 03 de setembro de 2014, tendo sido decidido que a concessão de benefícios previdenciários depende de prévio requerimento administrativo do interessado junto ao INSS. O relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, acompanhado pela maioria dos Ministros (Teori Zavascki, Rosa Weber (vencida quanto ao conhecimento), Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e DiasToffoli), vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia.

Na sequência, serão utilizados, principalmente, os argumentos apresentados pelo relator, eis que sintetizam o entendimento dos demais Ministros que se posicionaram em favor da tese vencedora, sendo feitos apontamentos a manifestações de outros ministros acerca de pontos específicos. Pela divergência, serão utilizados os argumentos apresentados pelo Ministro Marco Aurélio, que a inaugurou, sendo também referidas manifestações pontuais das Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber, que também divergiram da tese vencedora (a Ministra Rosa Weber, frise-se, divergiu apenas acerca do conhecimento).

3.1.2 Matéria infraconstitucional

O ponto foi levantado pela Ministra Rosa Weber, que iniciou lembrando que o recurso extraordinário foi interposto com base no art. 102, inc. III, *a*, da Constituição Federal, que contém a hipótese de a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição. Logo, para a admissão do recurso extraordinário, deve estar presente, de forma clara, matéria de ordem constitucional.

Para a Ministra, a questão decidida é infraconstitucional, eis que se refere ao interesse de agir, que é uma condição da ação, tema que não possui *status* constitucional.

Tendo ficada vencida neste ponto (acompanhada pela Ministra Cármen Lúcia), votou no sentido de ser necessário o prévio requerimento administrativo, conforme as teses expostas pelo relator.

Em que pese o ponto aqui referido seja bastante plausível, não seria o caso, ainda que se considere correto o entendimento de que a matéria envolvida seja de ordem infraconstitucional, de simplesmente interromper a análise do julgado neste momento, alegando-se violação da Constituição Federal no tocante às competências do STF (art. 102, inc. III, *a*, da CF). Para a presente pesquisa, cumpre analisar a discussão de mérito propriamente dita, ainda que o próprio recebimento do recurso possa configurar, por si só, lesão à Constituição.

A respeito deste ponto, no que se refere à presença de elementos do neoconstitucionalismo, podem ser apontadas as seguintes características:

a) a força normativa da Constituição e a constitucionalização dos direitos (tópico 2.2.1): a partir da expansão da força normativa da Constituição, uma quantidade muito maior de situações pode ser tida como de ordem constitucional, havendo direta solução a partir do seu texto, sem o auxílio da legislação infraconstitucional. Esta característica pode levar o Supremo Tribunal Federal a admitir e julgar uma enormidade de casos com base no art. 102, inc. III, *a* (quando a decisão recorrida contrariar a Constituição). Se o espectro de abrangência da Constituição (de forma direta) é muito alargado, sua ofensa, por consequência, será proporcionalmente frequente;

b) supremacia e protagonismo do Poder Judiciário (tópico 2.2.5): considerando o papel cada vez mais destacado do Poder Judiciário em geral, e do Supremo Tribunal Federal em particular, que tem decidido uma série de questões

altamente relevantes e polêmicas nos últimos anos, é possível levantar a hipótese de que este protagonismo tenha motivado o Tribunal a admitir o recurso extraordinário, a fim de ele mesmo decidir a questão, mantendo, assim, seu protagonismo. No presente caso, a ideia de protagonismo não seria do Poder Judiciário como um todo, mas sim do Supremo Tribunal Federal em particular.

Todavia, a partir do texto da decisão analisada, não é possível afirmar que os elementos acima referidos estejam nitidamente presentes, podendo, somente, ser levantada a hipótese nesse sentido.

Caso assim se considere, o Supremo Tribunal Federal estaria usurpando a competência que lhe fora constitucionalmente atribuída, eis que estaria incluindo questão de ordem infraconstitucional em sua pauta de julgamentos, decidindo, o mesmo Tribunal, uma enorme gama de matérias, o que lhe confere supremacia e protagonismo excessivos.

3.1.3 O acesso à justiça: art. 5º. inc. XXXV, da Constituição Federal

Trata-se do principal ponto debatido no processo, qual seja, verificar se a exigência de requisitos prévios é compatível com o direito do acesso à justiça, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CF, nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Inicialmente, afirmou o relator a constitucionalidade das condições da ação, que, nos termos da jurisprudência consolidada do STF, não representam um afronta ao art. 5º, inc. XXXV, da CF. Ressaltou que tais condições são a legitimidade para a causa, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, sendo a última a condição de maior interesse à discussão.

O interesse de agir (ou interesse processual), condição com expressa previsão legal, possui três aspectos: utilidade, adequação e necessidade. No entender do relator, o aspecto da necessidade (demonstração da imprescindibilidade da atuação do Estado-Juiz) não estaria sendo devidamente atendido no caso de ingresso de ação judicial sem prévio requerimento administrativo.

O relator justifica sua posição a partir da constatação de que a concessão de benefícios previdenciários ocorre, geralmente, a partir de provocação pelo administrado, não podendo ser concedido de ofício pelo INSS. Desta forma, não há que se falar em lesão ou ameaça a direito antes da formulação do requerimento

administrativo, que consubstancia a postura ativa do cidadão, sendo, portanto, pressuposto para o ingresso da ação judicial, que se justifica pelo indeferimento ou demora na apreciação do pedido.

O Ministro Barroso afirmou, também, que não se pode comparar a situação em exame às hipóteses previstas nos arts. 114, § 2º, e 217, § 1º, da CF, que preveem condições especiais da ação. O caso em análise estaria dentro das condições genéricas.

Em contraponto, o Ministro Marco Aurélio inicia ressaltando que a questão envolve cláusula pétrea, devendo haver redobrada cautela na análise do tema.

Na sequência, afirma desconhecer a existência de lei prevendo a necessidade de prévio ingresso de processo administrativo, acreditando que a exigência partiu da própria autarquia. A fim de verificar a afirmação do Ministro, foi feita, de nossa parte, busca pela referida lei, que não foi encontrada, razão pela qual se acredita não existir.

O Ministro faz referência à disciplina constitucional anterior, apontando o disposto no art. 153, § 4º, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 07/1977, que dispunha o seguinte:

> § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

Salientou o Ministro Marco Aurélio que não há dispositivo semelhante na atual Constituição, que contém, tão somente, duas situações em que se revela necessária a comprovação de determinada atuação do interessado anteriormente ao ingresso de ação judicial, que são hipóteses próprias da Justiça do Trabalho e da Justiça Desportiva, previstas, respectivamente, nos arts. 114, § 2º, e 217, da CF, nos seguintes termos:

> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> (...)
> § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

> Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:
> (...)
> § 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

Exigir o prévio requerimento administrativo, no caso de benefícios previdenciários, na compreensão do Ministro, seria realizar indevido aditamento à Constituição Federal. É nesse sentido também o parecer da Procuradoria-Geral da República apresentado nos autos. Em outras palavras, quando o legislador constituinte pretendeu criar exceção, o fez de forma expressa.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio, nos debates, faz interessante indagação à Ministra Rosa Weber, questionando se, na seara trabalhista, também deveria prevalecer o raciocínio da tese vencedora. Em outras palavras: se seria exigido do trabalhador prévia tentativa de reconhecimento de um determinado direito junto ao empregador para, só então, na hipótese de insucesso, lhe ser facultado o ingresso de demanda judicial. Apesar de não terem sido feitas maiores considerações a respeito deste ponto, trata-se de questão de muita relevância, uma vez que o raciocínio adotado pela maioria do STF pode repercutir em outros ramos do Direito, gerando situações indesejadas e que sequer teriam sido imaginadas pelos ministros quando da prolação da decisão em análise.

Sem a pretensão de realizar-se análise crítica aprofundada acerca do mérito da decisão proferida pelo STF, mas sim analisando o julgado no sentido de verificar a presença de elementos do neoconstitucioanlismo e analisá-los criticamente, cumpre tecer algumas considerações sobre o presente ponto da decisão.

Inicialmente, e com a devida vênia, deixa-se claro que se entende mais adequada à Constituição Federal o posicionamento da divergência, capitaneada pelo Ministro Marco Aurélio.

Para os fins da presente pesquisa, retoma-se ponto referido de forma breve pelo ministro, que se considera fundamental para a análise do caso, qual seja: a inexistência de lei que determine a necessidade de prévio requerimento administrativo perante o INSS como condição *sine qua non* para o ingresso de demanda judicial.

Em que pese este ponto não ter sido objeto de maiores discussões, aparecendo de passagem no voto do Ministro Marco Aurélio, a simples constatação

da inexistência de lei nesse sentido é suficiente para que se perceba que tal exigência se dá por parte da autarquia previdenciária, e não em virtude de lei *stricto sensu*.

Por esta razão, há clara ofensa à legalidade enquanto regra de direito fundamental, que se extrai do art. 5º, inc. II, da Constituição Federal.

À título de argumentação, cumpre mencionar que, ainda que existisse a referida lei, sua constitucionalidade seria questionável, em razão do texto expresso do art. 5º, inc. XXXV, da CF, que impede que atos legislativos excluam lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário. Em não existindo lei nesse sentido, menos razão ainda há em se admitir a exigência de prévio requerimento administrativo como requisito para o ingresso de demanda judicial.

O que parece certo, retomando o cenário legislativo efetivamente existente, é que não se pode mitigar um direito fundamental, como é o caso do acesso à justiça, que possui, inclusive, o *status* de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF), em razão de exigência posta pelo INSS, que, cabe destacar, figura como parte nos processos em que tal exigência irá gerar efeitos, possuindo, portanto, interesse direto a este respeito.

Neste contexto, considera-se haver ofensa à separação dos poderes (art. 2º, da CF), à legalidade (art. 5º, inc. II, da CF), ao acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, da CF), e ao direito à previdência social (art. 6º, CF), que resta ofendido em razão da limitação do acesso à justiça para vê-lo assegurado pelo Poder Judiciário. Entende-se que tais violações têm íntima relação com a seguinte característica do neoconstitucionalismo:

a) supremacia e protagonismo do Poder Judiciário (tópico 2.2.5): no cenário atual, o Poder Judiciário tem decidido não apenas questões técnicas, mas também temas políticos e sociais. Tal situação pode representar um desequilíbrio entre os três poderes, com um fortalecimento excessivo do Poder Judiciário em detrimento, principalmente, do Poder Legislativo, ao qual cabe a função de decidir temas políticos e sociais. Ao determinar a necessidade de prévio requerimento administrativo, ainda que ausente lei nesse sentido, houve excesso do Poder Judiciário, que acabou, neste caso, indo além da competência que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, eis que determinou a tomada de comportamento pelos segurados sem a existência de lei contendo tal determinação.

3.1.4 A separação dos poderes: art. 2º da Constituição Federal

Nos termos do voto proferido pelo relator, a exigência de prévio requerimento administrativo é a interpretação que mais se coaduna ao princípio da separação dos poderes. Em suas palavras:

> Esta é a interpretação mais adequada ao princípio da separação dos poderes. Permitir que o Judiciário conheça originariamente de pedidos cujo acolhimento, por lei, depende de requerimento à Administração significa transformar o juiz em administrador, ou a Justiça em guichê de atendimento do INSS, expressão que já se tornou corrente na matéria. O Judiciário não tem, e nem deve ter, a estrutura necessária para atender às pretensões que, de ordinário, devem ser primeiramente formuladas junto à Administração (pg. 15).

Em sentido contrário, as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia manifestaram afirmando não haver a referida ofensa.

Em que pese a importância do princípio da separação dos poderes, não houve, pelos ministros, debate a respeito de sua lesão, tendo havido apenas breves menções, razão pela qual não se mostra possível analisar a presença ou não de elementos do neoconstitucionalismo acerca deste ponto.

3.1.5 Prévio requerimento ou exaurimento das vias administrativas

Esclareceu o relator que o requisito necessário seria o prévio requerimento administrativo, não sendo imprescindível o esgotamento da via administrativa (por exemplo, com a interposição de todos os recursos previstos no âmbito do processo administrativo previdenciário), uma vez que a regra do art. 153, § 4º da Constituição anterior (conforme a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 7/1977), que autorizava a lei a exigir o exaurimento das vias administrativas, não encontra suporte no atual texto constitucional.

Não foi apresentada maior fundamentação a respeito desta questão, de modo que não ficaram claros os critérios pelos quais o mero requerimento seria suficiente, até mesmo porque se poderia cogitar de uma reversão do entendimento da instância superior de julgamento na esfera administrativa. Neste ponto, carece a decisão da necessária fundamentação, dever constitucionalmente imposto a todos os julgadores pátrios (art. 93, inc. IX, da CF), o que leva a crer que a decisão se deu em virtude do

entendimento pessoal dos Ministros a respeito do que seria o mais “correto” ou “razoável” de ser exigido em termos de requisitos, o que, por certo, não se coaduna ao Direito, que exige decisões lastreadas nas normas jurídicas vigentes.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio afirmou não vislumbrar distinção entre exigir o simples requerimento administrativo da necessidade de deliberação no processo administrativo (exaurimento da via).

Diante disso, considera-se haver ofensa aos arts. 2º (separação dos poderes) e 93, inc. IX (dever de fundamentação a todas as decisões judiciais) da Constituição Federal. Considera-se que tal violação relaciona-se com os seguintes elementos do neoconstitucionalismo:

a) supremacia e protagonismo do Poder Judiciário (tópico 2.2.5): tomar decisões sem base no ordenamento jurídico (ou não indicar o respectivo amparo normativo) representa decidir com base nas próprias razões (do julgador), as quais, neste contexto, acabam ficando acima das normas jurídicas vigentes, representando um excessivo engrandecimento do Poder Judiciário;

b) a conexão entre Direito e moral (tópico 2.2.3): justamente em razão de não ter havido a indicação dos preceitos normativos, entende-se que a escolha pela necessidade de prévio requerimento administrativo (e não do exaurimento da via) se deu por um critério de “justiça” por parte dos ministros, ou seja, por razões de ordem moral, a fim de, aparentemente, estabelecer uma espécie de “meio termo”, ou seja: não se autoriza o ingresso imediato de demanda judicial (onerosidade excessiva ao sistema judiciário), porém não se exige o exaurimento da via administrativa (onerosidade excessiva ao segurado). A escolha do simples requerimento administrativo se mostra, de certa forma, como um ponto de equilíbrio entre as duas pontas, sem, porém, contar com um suporte normativo.

3.1.6 Limites objetivos da decisão

A análise do relator a respeito deste ponto iniciou-se a partir de uma espécie de divisão entre as ações previdenciárias, sendo um grupo a de demandas em que se pretende a obtenção de prestação nova ao patrimônio jurídico do autor (*v.g.*, concessão de benefício), outro, o de ações através das quais se visa uma melhoria ou proteção de vantagem já concedida (*v.g.*, pedidos de revisão). Apenas para as ações abrangidas pelo primeiro grupo seria exigido o prévio requerimento

administrativo, eis que, no caso do segundo grupo, já houve provocação da autarquia, verificando-se, portanto, o interesse de agir, salvo se a pretensão depender de análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração. Além disso, foi estabelecida a seguinte possibilidade: dispensa de prévio requerimento administrativo quando o entendimento do INSS seja notoriamente contrário à pretensão do interessado.

Em outras palavras: regra geral, exige-se o prévio requerimento administrativo. Dispensa-se o requerimento nas seguintes situações: i) pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido (segundo grupo), salvo se depender de análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento do INSS; ii) quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à pretensão do segurado.

A esse respeito, cumpre referir que a diferenciação realizada pelo STF foi alvo de críticas inclusive por parte de defensores da necessidade de prévio requerimento administrativo, como é o caso de Daniel Diniz Gonçalves, que entende necessário o pleito administrativo (GONÇALVES, 2016, p. 154), porém apresenta discordância no que tange aos limites objetivos da decisão. A seguir, serão tratados os principais pontos levantados pelo autor nesse sentido.

A primeira questão a ser destacada diz desrespeito à inexigência do requerimento para o caso de ações nas quais se visa a melhoria ou proteção de vantagem já concedida (pedidos de revisão, por exemplo), quando não há questões de ordem fática envolvidas. Para o autor, reputar o Poder Judiciário como foro mais adequado para discussão de processos desta ordem configura um equívoco, uma vez que este Poder não é capaz de contemplar discussões financeiras atuariais e de macroeconomia (GONÇALVES, 2016, p. 162-163).

O segundo ponto de destaque refere-se à dispensa do requerimento para os casos de entendimento consolidado do INSS contrário ao segurado. O autor entende que este limite se trata de uma preferência interpretativa dos julgadores, que parte do pressuposto de que a administração realiza negativas injustificadas de benefícios previdenciários de forma sistemática. Para Gonçalves (2016, p. 163), não há motivação razoável para se entender ser uma perda de tempo a discussão de casos deste tipo na seara administrativa, tampouco se pode afirmar ser o poder judiciário mais qualificado para este tipo de debate.

Em complemento as lições do autor, e apesar da discordância no que tange a necessidade do prévio requerimento administrativo, concorda-se com o entendimento de que não caberia ao Poder Judiciário diferenciar as situações da forma como o fez. Em outras palavras, sendo devido exigir-se a provocação prévia da Administração Pública, tal exigência deve valer para a totalidade dos casos. Entender de forma contrária, com o devido respeito, representa aceitar que o Judiciário exerça atribuições do Poder Legislativo, o que vai de encontro à Constituição Federal.

Neste ponto, mais uma vez, verifica-se a seguinte característica do neoconstitucionalismo:

a) supremacia e protagonismo do Poder Judiciário (tópico 2.2.5): a diferenciação das situações da forma como foi feita pelo Supremo Tribunal Federal é tarefa de competência do Poder Legislativo, representando a atuação do Tribunal, nesta questão, uma exacerbação das suas funções.

3.1.7 Modulação de efeitos

O que denominou o relator como “fórmula de transição” (tópico IV do voto, pg. 22), diz respeito à modulação dos efeitos da decisão pelo STF.

O relator inicia abordando o atual cenário do tema na jurisprudência atual, demonstrando que, mesmo no âmbito dos Tribunais Superiores (responsáveis pela uniformização da jurisprudência nacional), não havia um entendimento constante, sendo recomendável, portanto, o estabelecimento de uma fórmula de transição (em outras palavras, modular-se os efeitos da decisão) para as ações em andamento. Para o relator, uma saída radical não seria razoável, sendo melhor adotar-se solução mitigada, a fim de que possam ser aproveitados os atos já praticados.

A solução que acabou sendo determinada pelo STF foi a seguinte (pontos 6 e 7 da ementa, pg. 2):

> 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito;(ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se

> enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
> 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
> 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

Em que pese o positivo intuito de se chegar a uma solução que não seja radical, de modo a não gerar graves prejuízos aos possíveis afetados pela decisão, a modulação de efeitos, da forma como foi realizada, não encontra amparo legal. Em verdade, ao longo de toda a decisão, não há sequer menção à legislação que autoriza a modulação de efeitos, qual seja, o art. 27 da Lei nº. 9.868/99, que assim preceitua:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Verifica-se, assim, que só caberia a modulação na hipótese de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o que não ocorreu. O quórum qualificado de dois terços dos membros do Tribunal (oito Ministros) foi atendido.

Ressalta-se que, na época da prolação da decisão (03 de setembro de 2014), não estava em vigor o atual Código de Processo Civil, que contém outras hipóteses de modulação de efeitos, como no caso de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (art. 927, § 3º).

Aqui, encontram-se presentes os seguintes elementos do neoconstitucionalismo:

a) supremacia e protagonismo do Poder Judiciário (tópico 2.2.5): a modulação de efeitos realizada não encontra amparo legal, sendo, por isso, uma atuação ativista por parte do Supremo Tribunal Federal, que exacerbou suas competências.

b) a conexão entre Direito e moral (tópico 2.2.3): houve uma preocupação por parte dos ministros a respeito do impacto da decisão no amplo estoque de

processos existente à época versando sobre a mesma temática. Contudo, ainda que com boa intenção, deve o Poder Judiciário decidir nos limites legais, sob pena de recair em indesejada postura ativista.

3.1.8 Considerações práticas e sua relevância para o deslinde do julgado

O título do presente tópico foi retirado do próprio voto do relator, que, em um de seus itens, utilizou as mesmas palavras (“III.3 Considerações práticas” - pg. 16 do inteiro teor do acórdão). Em que pese a afirmação do mesmo no sentido que a apresentação do contexto prático (e consequências) não seria necessária, entende tratar-se de postura salutar. Com o devido respeito ao Ministro, bem com a outros que também fizeram considerações desta natureza, dificilmente tais motivações não tiveram forte influência na posição tomada, conforme se verá a seguir.

O relator apresentou uma série de dados e informações a respeito dos seguintes assuntos: i) quantidade de agendamentos; ii) percentual médio de deferimento; iii) tempo de duração das fases do procedimento administrativo; iv) volume de processos judiciais envolvendo o INSS; v) taxa de congestionamento (percentual de processos não julgados no mesmo ano do ajuizamento) dos Juizados Especiais Federais; vi) tempo médio de tramitação do processo judicial no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

A partir de tais dados, concluiu o relator que o Poder Judiciário não tem, e nem deveria ter, a estrutura necessária para atuar paralelamente ao INSS, recebendo, originariamente, pedidos de concessão de benefícios previdenciários. Decidir de forma diversa ao que propôs em seu voto, no seu entendimento, redundaria no total colapso do sistema judiciário.

Sob a alegação de que a decisão seria benéfica ao cidadão, referiu que o entendimento pela desnecessidade de prévio requerimento administrativo geraria prejuízo aos segurados (coletivamente considerados), eis que, tendencialmente, o número de demandas judiciais aumentaria, sobrecarregando ainda mais o Poder Judiciário e esvaziando os órgãos do INSS. Foi referido, também, que a instância administrativa é gratuita e, de modo geral, oferece resposta mais rápida se comparada ao processo judicial.

O Ministro Luiz Fux também teceu considerações de natureza prática, alegando que o melhor meio de composição dos litígios é o INSS, não o Judiciário,

uma vez que seria mais trabalhosa e custosa a contratação de advogado e o trâmite inerente ao processo judicial em relação ao procedimento junto ao órgão administrativo.

Outrossim, mencionou que a tese vencedora contribui para o esvaziamento do volume de ações no Poder Judiciário, o que favorece o jurisdicionado, indo ao encontro do disposto no art. 5º, inc. LXXVIII, que assegura a razoável duração dos processos.

Na sequência, o Ministro, após afirmar estar interpretando a norma com lisura e higidez intelectual, salienta a existência de dados comprobatórios do uso imoderado e vulgarizado da via judicial, o que gera um aumento do número de demandas judiciais, sendo que seria mais fácil acionar o INSS.

O Ministro Gilmar Mendes também se manifestou em sentido semelhante, afirmando que o Brasil é um dos países com um dos maiores índices de judicialização (na época, de acordo com o Ministro, havia em torno de 100 (cem) milhões de processos em tramitação).

O Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que todos os ministros do Supremo Tribunal Federal estão empenhados na resolução do problema do grande número de processos em tramitação, bem como que a decisão proposta pelo relator seria uma importante contribuição nesse sentido.

Todos os ministros até agora referidos votaram conforme a proposta do relator. Na sequência, serão apresentadas as considerações tecidas pelos Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia, que votaram em sentido diverso ao do relator.

O Ministro Marco Aurélio afirmou que o cidadão não litiga com o Poder Público por bel prazer, ou seja, sem um motivo relevante para tal.

Mencionou, também, que a decisão proposta pelo relator configuraria um verdadeiro aditamento à Constituição Federal, criando exigência nela não prevista. Mostrou preocupação, também, na possível extensão do raciocínio a outras situações, nas quais o embate é travado entre partes notoriamente desiguais, como é o caso da relação entre cidadão e Estado, sendo este, justamente a parte mais forte, indevidamente beneficiado.

Além disso, o Ministro afirmou que seria possível interpretar a proposta do relator como uma espécie de autodefesa do Poder Judiciário em relação ao grande número de processos existentes, bem como que consubstanciaria um retrocesso em termos de cidadania, que pressupõe o livre acesso ao Poder Judiciário.

Outrossim, afirmou que qualquer solução, ainda que com modulação de efeitos, seria muito ruim para os beneficiários da Previdência Social.

Em passagem interessante, referindo que caso pudesse pronunciar-se como leigo, diria o ministro, de forma simples e direta, que “a corda não deve estourar do lado mais fraco” (pg; 48), que é o lado dos cidadãos, não o do INSS, que, por sua vez, deve se aparelhar para atender adequadamente os beneficiários da Previdência Social. Para o Ministro, é odiosa a exigência do prévio requerimento administrativo.

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, manifestou-se nos seguintes termos:

> Quanto a essa tese, eu peço vênia ao Ministro Barroso para acompanhar a divergência iniciada pelo Ministro Marco Aurélio e, portanto, negar provimento ao recurso, considerando que a possibilidade de acesso à justiça, com todos os problemas, as questões inclusive que são postas a nós no sentido de se precisar repensar o Poder Judiciário, mas há de se repensar a partir de estruturas e formas e não a partir daquilo que a parte, que muitas vezes é uma parte mais fraca, como bem dito pelo Ministro Marco Aurélio, haverá de sofrer na sua possibilidade de aceder. E eu não acho que, *prima facie*, eu possa dizer, incluído aqui este caso, que a parte não se considerou de alguma forma tocada no seu direito e impossibilitada de exercê-lo. Porque também não vou presumir que uma pessoa, como foi dito da tribuna, e está em alguns memoriais, tendo possibilidade de ir administrativamente à Autarquia e resolver num guichê a sua questão, opte por ir atrás de um advogado, por ir atrás do Poder Judiciário, mesmo naqueles casos e naquelas localidades em que não haja nem acesso a órgãos da Autarquia disponíveis.
> De toda sorte, me parece que, neste caso, aquele que vai é porque exatamente encontrou algum embaraço, que ele haverá de provar no caso apresentado por ele perante a jurisdição competente (pg. 67).

Ainda sobre as considerações práticas, cumpre fazer algumas constatações. A primeira delas é relembrar os ministros que participaram do julgamento, bem como o sentido da decisão de cada um: pela necessidade de prévio requerimento administrativo, votaram os ministros Luís Roberto Barroso (relator), acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli (que não acompanhou os debates, por estar em viagem oficial ao exterior) e Rosa Weber (vencida quanto ao conhecimento). Em sentido contrário, votaram os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia. Participaram do julgamento, portanto, 10 (dez) ministros.

Dos ministros que participaram do julgamento, 6 (seis) fizeram considerações de ordem prática, da seguinte forma: teceram comentários no sentido de ser benéfica a exigência de prévio requerimento administrativo os ministros Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Manifestando o

entendimento de que o requisito do prévio requerimento administrativo geraria efeitos negativos, posicionaram-se os ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia.

Verifica-se, assim, que todos os ministros que apresentaram considerações de ordem prática votaram no sentido que se coaduna a tais considerações. Em outras palavras, os ministros que entendem positiva a exigência do prévio requerimento administrativo votaram pela sua necessidade, já os ministros que entendem ser negativa tal exigência, votaram pela sua inconstitucionalidade.

Desta forma, ainda que não conste de forma expressa nos votos (e nem se poderia imaginar que tal afirmação apareceria), é bastante provável que o entendimento pessoal dos ministros acerca dos efeitos (positivos ou negativos) da exigência de prévio requerimento administrativo junto ao INSS tenha sido fator de forte influência, ou até mesmo o ponto decisivo, para a decisão de cada um.

Diante de tal situação, verifica-se a presença das seguintes características do neoconstitucionalismo:

a) supremacia e protagonismo do Poder Judiciário (tópico 2.2.5): quando o julgador decide com base em suas próprias razões, coloca-as acima das razões intrínsecas da legislação, formuladas a partir do debate legislativo. Desta forma, ocorre desequilíbrio entre os poderes, sobrepondo-se o Judiciário em relação ao Legislativo, ao qual compete a elaboração de leis, sendo o foro adequado para os debates de ordem política e moral.

b) a conexão entre Direito e moral (tópico 2.2.3): decidir com base nas próprias razões é atribuir ao Direito a percepção moral do julgador, que, por mais bem intencionado que possa ser, não representa a população, cuja uniformidade de entendimento moral a respeito de qualquer assunto é de difícil ocorrência, especialmente em razão da pluralidade de valores existente no Brasil. Esta razão também demonstra a necessidade de se travar os debates no âmbito do Poder Legislativo, onde são, em maior medida, ouvidas as diversas opiniões e visões a respeito dos mais diversos assuntos. Na situação analisada, com o devido respeito, o Supremo Tribunal Federal decidiu de forma corporativista, na medida em que mostrou grande preocupação em diminuir o número de demandas judiciais.

É possível constatar, no julgado ora analisado, e no presente tópico em particular, que os elementos do neoconstitucionalismo (especialmente o da conexão entre Direito e moral e o da supremacia e protagonismo do Poder Judiciário) estão nitidamente presentes, influenciando a decisão proferida pelo Supremo Tribunal

Federal. A decisão, por certo, mitiga o direito social fundamental à previdência social (art. 6º, da Constituição Federal), na medida em que coloca uma barreira para o ingresso em juízo.

3.2 Recurso Extraordinário nº. 661.256/SC: viabilidade jurídica da desaposentação

3.2.1 Síntese

O RE 661256/SC, *leading case* do tema de repercussão geral nº. 503 (“Conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio do instituto da desaposentação”), foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em 27 de outubro de 2016, tendo sido fixada a seguinte tese em repercussão geral:

> No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à "desaposentação", sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Além do referido processo, foram julgados, conjuntamente, os Recursos Extraordinários 381.367/RS e 827.833/SC, que tratam de situações correlatas. Contudo, considerando que as decisões dos referidos processos possuem teor específico, salienta-se que os mesmos não fazem parte da análise a seguir, que se refere especificamente ao conteúdo da decisão proferida no Recurso Extraordinário 661.256/SC.

O redator do acórdão foi o Ministro Dias Toffoli, cujo entendimento, de forma geral, foi acompanhado pela maioria dos Ministros (Teori Zavascki, Carmen Lúcia, Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello), ficando vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Na sequência, serão utilizados, para exposição dos temas em voga, os argumentos apresentados pelo Ministro Luís Roberto Barroso (relator), bem como, pela tese vencedora, as razões expostas pelo Ministro Dias Toffoli (redator do acórdão). Além disso, serão feitos apontamentos a manifestações de outros ministros acerca de pontos específicos.

3.2.2 Do voto do Relator: Ministro Luís Roberto Barroso

Neste momento, serão expostos os argumentos utilizados pelo relator. Em que pese sua tese não tenha sido a vencedora, o voto é bastante esclarecedor a respeito da temática e de grande valia para a análise crítica da tese vencedora.

3.2.2.1 Definição do instituto da desaposentação e outros conceitos relevantes

O ponto inicial da análise do julgado consiste em apresentar-se uma definição para o instituto da desaposentação. O relator, em seu voto, trouxe a seguinte ideia:

> (...) desaposentação, consistente na renúncia a uma aposentadoria concedida no Regime Geral da Previdência Social (RGPS) para fins de aquisição de um novo vínculo, em condições mais favoráveis, no mesmo sistema. De forma específica, a melhoria seria decorrente do fato de o segurado haver continuado em atividade laboral ou a ela haver retornado após a concessão do primeiro benefício, tendo efetuado novas contribuições previdenciárias obrigatórias, as quais pretende ver consideradas no cálculo do novo benefício (pg. 12).

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber conceitua alguns institutos jurídicos relevantes para a compreensão da questão, quais sejam:

i. aposentadoria: situação jurídica iniciada através do ato da aposentação, que confere ao segurado a condição de inativo;

ii. aposentação: ato através do qual o segurado atinge a situação jurídica da aposentadoria;

iii. desaposentação: renúncia da mensalidade do benefício previdenciário concedido, a fim de perceber outra, de maior valor, sendo considerado tanto o tempo de contribuição que gerou o direito à prestação objeto de renúncia, quanto o tempo posterior à aposentação. A desaposentação não implica em desistência do tempo anterior, eis que já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado.

iv. reaposentação: nova aposentação, que independe do cômputo das contribuições e do tempo anterior à (primeira) aposentação. É suficiente, portanto, apenas o período posterior à aposentação, que preenche os requisitos legais para a outorga de benefício mais vantajoso. Tal situação implicará no desfazimento do benefício concedido anteriormente, em razão da vedação do recebimento de mais de uma aposentadoria, prevista no art. 124, inc. II, da Lei nº. 8.213/91.

Feitas as distinções acima, afirmou a Ministra que o caso em análise não diz respeito à reaposentação, mas sim à desaposentação, sendo a viabilidade jurídica desta, portanto, o objeto da demanda.

3.2.2.2 Questão preliminar: a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal)

A cláusula de reserva de plenário determina que a decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo seja tomada pela maioria absoluta dos membros de tribunal ou órgão especial. É o que dispõe o art. 97 da Constituição Federal.

Em sede preliminar, foi o STF instado a decidir acerca da configuração de violação à cláusula de reserva de plenário, uma vez que a decisão recorrida não teria respeitado o quórum exigido constitucionalmente. A celeuma diz respeito ao art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91, dispositivo que preceitua o seguinte:

> Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:
> (...)
> § 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Alegou-se que a textualidade do dispositivo não permite chegar-se a entendimento autorizador da desaposentação, razão pela qual seu afastamento dependeria de declaração de invalidade, o que, ainda que não ocorra de forma explícita, viola o art. 97 da Constituição Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº. 10.

Contudo, o relator, admitindo a plausibilidade do argumento, fez referência ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal) sobre o assunto, tendo o Tribunal manifestado que não há referência legal específica sobre a questão, afirmando que o art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91 versa acerca dos benefícios previdenciários em curso, não tratando da hipótese de renúncia e requerimento de novo vínculo com a previdência social.

Para o relator, o que ocorre é uma carência legislativa a respeito da desaposentação, que não trata a questão de forma específica, não sendo o caso de se analisar uma suposta invalidade do art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91.

Para ele, portanto, não há ofensa à cláusula de reserva de plenário. De qualquer forma, o relator requisitou a subida do Recurso Extraordinário nº. 827.833/SC, no qual o tribunal *a quo* declarou a inconstitucionalidade do dispositivo em questão. Desta forma, evitou-se que o tema pudesse deixar de ser apreciado em virtude de questões de ordem formal.

3.2.2.3 Pano de fundo teórico: o duplo fundamento constitucional do regime geral de previdência social (contributivo e solidário)

Para o relator, embora não regule o regime geral da previdência social em pormenores, a Constituição Federal determina que o sistema tem dois fundamentos como base principal: o contributivo e o solidário.

O primeiro está previsto no art. 195, inc. II, da CF, que impõe o pagamento das contribuições previdenciárias por parte dos trabalhadores e demais segurados. Ademais, o art. 201 reforça o caráter contributivo, especialmente em razão das seguintes constatações, que se extraem do dispositivo:

i. busca pelo equilíbrio atuarial (que as receitas previdenciárias cubram as despesas previdenciárias, em uma perspectiva de longo prazo), visando a sustentabilidade do sistema (art. 201, *caput*, da CF);

ii. condicionamento da fruição do benefício de aposentadoria voluntária a requisitos de idade e tempo de contribuição, ou seja, exigência de aportes mínimos e limitação do tempo (provável) de fruição do benefício (art. 201, § 7º, da CF);

iii. correlação entre o valor dos ganhos habituais do trabalhador e o cálculo das contribuições e benefícios (art. 201, § 11º, da CF);

iv. a atualização dos os salários de contribuição, o que reforça a ideia de que o montante das contribuições é fator determinante para a definição do valor do benefício (art. 201, § 3º, da CF);

v. atualização do valor dos benefícios, a fim de manter preservado o valor real (art. 201, § 4º, da CF);

O segundo fundamento/dimensão do sistema previdenciário é o da solidariedade, assim definido pelo relator:

> Em termos abrangentes, essa dimensão pode ser reconduzida ao próprio dever estatal de proteger a dignidade humana, no que se inclui a criação de uma rede social mínima que impeça as pessoas de caírem em situações de indignidade. De forma mais específica, esse aspecto pode ser extraído da previsão de que a seguridade deve ser custeada por toda a sociedade, e não apenas pelos seus beneficiários imediatos (pg. 18)

Prossegue o relator, afirmando que a Constituição Federal não estabeleceu uma fórmula rígida para o cálculo das contribuições e benefícios previdenciários. Dispõe o legislador, portanto, de ampla margem de conformação. Não há, na ordem constitucional, determinação de correlação/referibilidade estrita entre o valor das contribuições efetuadas e o valor das prestações do benefício a ser recebido futuramente. Há, em verdade, a formação de uma espécie de fundo geral (seguro social), cuja finalidade é a cobertura de situações adversas, devidas no momento presente, observando-se uma fórmula de equilíbrio atuarial.

Todavia, disso não decorre a conclusão de possuir o legislador liberdade absoluta para formatar o sistema, existindo, pelo menos, dois limites principais.

O primeiro deles é a impossibilidade de total desprezo pela correspondência entre o valor das contribuições e benefícios. Em que pese não se exigir uma comutatividade rígida, a Constituição Federal determina uma relação necessária entre os aportes dos segurados e o valor das prestações.

O segundo é a compatibilidade necessária entre o modelo estabelecido pelo legislador e o princípio da isonomia, que, no âmbito previdenciário, impõe a adoção de critérios uniformes para a concessão de aposentadorias, repartindo, assim, os ônus e bônus do sistema (art. 201, § 1º, da CF).

Diante disso, impõe-se a utilização de fórmula estável de correspondência entre contribuições e benefícios, que incida sobre os segurados de forma impessoal.

3.2.2.4 Desaposentação: sistema normativo

Afirma o relator que o art. 195, inc. II, da Constituição Federal contém regra de imunidade tributária, no sentido de que os valores de aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral da previdência social não são objeto de tributação à título da contribuição previdenciária sobre os rendimentos do trabalho.

Contudo, caso o aposentado continue ou retorne a atividade laboral, a remuneração recebida a este título será objeto da contribuição previdenciária acima aludida, consoante previsão legal expressa (art. 11, § 3º, da Lei nº. 8.213/91).

Ocorre que, apesar do ônus tributário, o aposentado que retorna ou permanece em atividade tem direitos limitados pela legislação de regência, mais especificamente por força do já mencionado art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91, que permite tão somente o gozo do salário-família e da reabilitação profissional, benefícios, aliás, de rara fruição por parte do aposentado em atividade, nos termos do parecer da Procuradoria-Geral da República.

Outrossim, cumpre referir o art. 181-B, do Decreto nº. 3.048/99 (Regulamento do GPS), que estabelece ser a aposentadoria irreversível e irrenunciável. Nos termos do parágrafo único do referido dispositivo, a desistência só poderia ocorrer mediante requerimento realizado antes da ocorrência do recebimento do primeiro pagamento do benefício ou do saque do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou do Programa de Integração Social (PIS).

Ainda que não tenha sido utilizada na fundamentação do relator, cumpre referir o dever de proteção ao idoso determinado pela Constituição Federal, a saber: arts. 203, inc. V (assistência social) e 230, *caput* e § 2º (dever familiar de amparo ao idoso e garantia da gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de sessenta e cinco anos).

É importante ressaltar que não há, a este respeito, uma correlação necessária: para se aposentar, a pessoa não precisa, necessariamente, ter completado 60 (sessenta) anos, idade a partir da qual as pessoas são, legalmente, consideradas idosas, forte no art. 1º da Lei nº. 10.741/03 – Estatuto do Idoso. Contudo, é sabido que, nos tempos atuais, dificilmente se obtém o benefício de aposentadoria antes dos 60 (sessenta), bem como que, nesta idade, o mais frequente é a manutenção da prática de atividade laboral, cujos rendimentos serão somados aos da aposentadoria, o que muitas vezes é imprescindível para a garantia da subsistência.

Outro esclarecimento a ser feito é que a Constituição Federal não possui disposição expressa direcionada ao Estado, obrigando-o a oferecer proteção ao idoso, unicamente em razão desta condição (o mencionado art. 203, inc. V exige, além do fator idade, a comprovação da inexistência de meios para prover a manutenção).

Tal dever estatal é determinado, de forma expressa, pela Lei nº. 10.471/03, que confere ao envelhecimento o *status* de direito personalíssimo, determinando, outrossim, que sua proteção é um direito social (art. 8º). Além disso, atribui ao Estado e à sociedade o dever de garantia da vida e da saúde da pessoa idosa (art. 9º).

3.2.2.5 Equilíbrio entre as dimensões contributiva e solidária: necessidade de observância do dever de coerência

Para o relator, o Congresso Nacional dispõe de ampla liberdade de conformação para a estruturação do regime da previdência social, devendo ser buscada, consoante os ditames constitucionais (na esteira do que foi exposto em tópico anterior – 3.2.2.3), o equilíbrio entre as dimensões contributiva e solidária.

Neste contexto, em que pese não haver vedação legal explícita, sustenta o INSS que o art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91 torna ilícita a renúncia do benefício de aposentadoria para fins de obtenção de benefício mais vantajoso. Salienta-se que a autarquia, acertadamente, não pretende que o art. 181-B, do Decreto nº. 3.048/99 (acima referido) justifique seu pleito, eis que se trata de ato infralegal, que não goza, portanto, dos requisitos jurídicos necessários para proibir a renúncia a um direito individual.

No entendimento do relator, a Constituição Federal estabelece direta relação entre a cobrança da contribuição previdenciária (art. 195, inc. II) e o direito ao conjunto de benefícios da previdência social, sendo a aposentadoria o mais importante deles. Desta forma, configura indevida assimetria pretender, por um lado, seja o segurado (em atividade laboral após a aposentadoria) obrigado a arcar com o referido ônus tributário, em paridade com os demais trabalhadores, sem, por outro lado, conferir ao mesmo a consequência jurídica (favorável) ligada ao tributo, em total disparidade (desfavorável) em relação aos demais trabalhadores. Assim sendo, invocar-se, de forma genérica, a ideia da solidariedade é insuficiente para justificar a aplicação seletiva do sistema constitucional. Sintetizando seu entendimento, assim referiu o relator (pg. 26): “No presente caso, o que a Administração pretende é tratar o trabalho após a aposentadoria exatamente da mesma forma que a atividade anterior, mas apenas em relação aos ônus.” Tal raciocínio viola, também, o princípio

fundamental da ordem econômica da valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, da Constituição Federal).

Sobre esta questão, o Ministro Marco Aurélio faz importante constatação, afirmando que o art. 201, § 11º, da Constituição Federal impõe que a contribuição previdência tenha repercussão nos benefícios. Apesar de remeter a questão à disciplina legal, é defeso ao legislador infraconstitucional simplesmente afastar por completo a repercussão em benefício previdenciário.

Para o relator, ainda que houvesse vedação em lei ordinária, tal vedação seria de constitucionalidade duvidosa.

O Ministro Barroso entende que a interpretação a ser conferida ao já mencionado art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91, entre os sentidos possíveis, é a de que o mesmo contém norma que veda a concessão de benefícios adicionais, não se podendo extrair um impeditivo da renúncia do vínculo original, a fim de ser celebrado um novo. Na visão do relator, é este o sentido que se coaduna à Constituição Federal.

O relator salienta que, na sua compreensão, inexiste disciplina legal para a questão em análise. Por ser a Lei nº. 8.213 do ano de 1991, período no qual o trabalhador que retornava ou mantinha atividade laboral e contribuía para a previdência social recebia um pecúlio (ou seja, a devolução do valor), sequer se cogitava da possibilidade da desaposentação. Assim sendo, o Ministro Barroso manifesta não ser o caso de declaração de inconstitucionalidade em relação ao art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91, mas sim de se constatar lacuna normativa acerca do instituto em análise, ao qual não se aplica o aludido dispositivo.

Sobre este ponto, a Ministra Rosa Weber, em seu voto, afirmou que o óbice constante no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 é no sentido de inviabilizar o recebimento simultâneo de mais de uma aposentadoria, não sendo acertada a interpretação de que o referido preceito contém norma proibitiva da desaposentação. Defendeu a Ministra a desnecessidade de declaração de inconstitucionalidade do preceito legal, devendo, somente, ser-lhe ser dada interpretação conforme a Constituição Federal.

3.2.2.6 Necessidade de devolução dos proventos já recebidos

Para a análise deste ponto, é necessário pressupor a existência, ao menos em tese, do direito à desaposentação. Sendo esta possível, cabe verificar a necessidade da devolução dos valores recebidos pelo segurado em razão da "primeira aposentadoria".

Para o relator, ainda que a licitude do recebimento dos proventos seja inequívoca, faz-se necessária sua devolução, eis que se impõe a universalização da fórmula atuarial básica. Entender de forma diversa seria outorgar um regime mais vantajoso aos optantes pela desaposentação.

Para fundamentar sua posição, o relator inicia retomando as variáveis consideradas para o cálculo dos benefícios previdenciários, quais sejam: i) tempo de contribuição, ii) média aritmética do valor das contribuições, iii) idade do segurado e iv) expectativa de sobrevida. A tais variáveis, consideradas para o dimensionamento do valor das prestações devidas pelo Poder Público, deve ser acrescentada, no caso da desaposentação, a questão dos valores já recebidos, que foram custeados pelo sistema previdenciário, universalmente considerado.

Prosseguindo, o relator constata que o trabalhador que recebe aposentadoria (proporcional) antes de requerer a desaposentação, conta, além da remuneração decorrente da atividade laborativa, com o valor do benefício previdenciário, ficando em situação mais favorável se comparado ao segurado que requer apenas um vínculo (definitivo). O Ministro ressalta que a devolução dos valores recebidos não se trata de uma sanção a esta postura, mas sim de não se criar equação atuarial favorecida para alguns em detrimento de outros. Entende o relator que não se exigir a devolução de tais valores implicaria em um estímulo para que os trabalhadores ativos requeiram a aposentadoria no primeiro momento possível, migrando para benefícios mais favoráveis conforme os requisitos legais venham a ser cumpridos.

Sobre este ponto, afirma a Ministra Rosa Weber que, em princípio, estava inclinada a compreender que o estabelecimento de contornos em relação ao tema caberia aos Poderes Legislativo e Executivo, não ao Judiciário, uma vez que ausente amparo legal a justificar a estipulação de limites na seara em análise, especialmente em virtude de necessidade de avaliação técnica, exigida pela complexidade da matéria. Outrossim, a Ministra ponderou a respeito do risco de o Poder Judiciário, ao condicionar a desaposentação à devolução dos proventos

recebidos (com o intento de minimizar o desequilíbrio atuarial e financeiro do sistema), atuar como legislador positivo, decidindo questões políticas.

Apesar disso, entendeu a Ministra que a solução proposta pelo relator encontra amparo, “em alguma medida”, no ordenamento jurídico pátrio. Os argumentos referidos pela ministra acerca desponto valem, também, para o ponto seguinte.

3.2.2.7 Mecanismos para a consideração dos proventos recebidos com base na primeira aposentadoria

O relator inicia reconhecendo a dificuldade da devolução dos valores recebidos pelos segurados, do que decorreria que a desaposentação, ainda que tida como legítima, seria de difícil ou até mesmo impossível realização prática, o que não se admitiria, sob pena de restar inviabilizado o exercício deste direito.

Admitindo tratar-se de questão complexa e que poderá vir a ser tratada pelo Congresso Nacional, o relator entendeu ser viável a elaboração de um mecanismo por parte do Supremo Tribunal Federal.

Para o relator, chega-se a solução através da aplicação do fator previdenciário na situação atípica da desaposentação. O fator leva em consideração as seguintes variáveis: i) tempo de contribuição, ii) alíquota da contribuição, iii) idade e iv) expectativa de vida.

Os elementos idade e expectativa de vida têm como finalidade a graduação do valor dos benefícios previdenciários em razão do tempo estimado de fruição pelo beneficiário. No caso da desaposentação, a menos que o segurado se proponha a devolver os valores já recebidos, entende devam ser consideradas a idade e a expectativa do momento do requerimento do primeiro benefício, eis que foi a partir desta data que o segurado passou a ser beneficiário do sistema.

As contribuições feitas depois da obtenção da primeira aposentadoria, por outro lado, devem ser computadas, eis que se deve levar em consideração todo o histórico contributivo do segurado, regra geral do sistema previdenciário.

Desta forma, haverá uma situação equilibrada: ao segurado que pretender a desaposentação, caberá benefício mais vantajoso que o anterior (com o cômputo das contribuições realizadas após a primeira aposentadoria), porém menos vantajoso se comparada à situação do segurado que pretender um único e definitivo

benefício, uma vez que serão consideradas a idade e a expectativa de vida da postulação da primeira aposentadoria. Para o relator, a diferenciação é correta, eis que o segurado que utilizar a desaposentação já estará recebendo valores da previdência social há um determinado período de tempo, ao passo que o segundo, apenas no momento da aposentadoria (única) é que passará a gozar de tal benefício. Ressalta o relator que a decisão não implica em inovação normativa, revelando-se como a interpretação a ser dada à luz da Constituição Federal. O que se fez foi, tão somente, isolar os fatores idade e expectativa de vida, já presentes na legislação de regência.

Cumpre salientar, apesar de o relator não ter sido categórico a este respeito, que a solução por ele proposta, ao que parece, indica duas alternativas ao segurado: i) utilizar os fatores idade e expectativa de vida do momento do novo pedido de aposentadoria, desde que sejam devolvidos os valores recebidos em razão do primeiro benefício, ou ii) utilização dos referidos fatores conforme a época do pedido da primeira aposentadoria (sendo computadas as contribuições realizadas até o momento do novo requerimento), sem a necessidade da devolução dos valores já recebidos.

Por fim, o relator afirma que a solução por ele proposta não inviabiliza o tratamento da matéria pelo legislador através de fórmula diversa, equacionando as dimensões contributiva e solidária de outra forma. Mencionou, também, ser adequado que a produção dos efeitos da decisão se dê somente após decorridos 180 (cento e oitenta) dias da publicação, a fim de permitir a organização por parte da Administração Pública, bem como a possibilidade de tratamento da matéria pelo Poder Legislativo.

Aqui, retoma-se o que referiu a Ministra Rosa Weber, que afirmou possuir a solução proposta pelo relator amparo, “em alguma medida”, no ordenamento jurídico pátrio. A ministra ressalta que este amparo “em alguma medida” encontra-se no art. 29, § 7º, da Lei nº. 8.213/91, que contém as variáveis a serem utilizadas no cálculo do fator previdenciário, quais sejam: idade, expectativa de sobrevida e tempo de contribuição do segurado ao se aposentar.

3.2.2.8 Análise dos argumentos apresentados pelo INSS

Além da fundamentação acima, o relator enfrentou os fundamentos específicos presentes no recurso extraordinário, apresentados pelo INSS, no sentido de ser considerada juridicamente inviável a desaposentação. Em suma, a autarquia alegou ofensa ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal), ao princípio da solidariedade (suporte da alegada norma que vedaria a desaposentação, extraída do art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91) e ao princípio da isonomia (tratamento diferenciado, sem justificativa razoável, em favor dos segurados que utilizarem a desaposentação).

A respeito do ato jurídico perfeito, entende a autarquia que o requerimento e a posterior concessão da primeira aposentadoria teriam aperfeiçoado uma relação jurídica, de modo que não seria facultado a um dos sujeitos da referida relação pretender sua alteração, especialmente quando implicar em um maior ônus para uma das partes.

Para o relator, não poderia o Poder Público invocar direitos fundamentais para eximir-se de cumprir determinações por ele mesmo instituídas ou reconhecer consequências jurídicas de seus atos. Contudo, entende o relator que a questão não envolve a verificação dos limites para a invocação de direitos fundamentais pela Administração, eis que, no caso, se constata a não incidência da garantia do ato jurídico perfeito, por duas razões: i) ainda que se considere a aposentadoria como ato jurídico perfeito, disso não decorre a impossibilidade de extinção de um primeiro vínculo para a formação de um segundo; ii) o conteúdo do ato de aposentadoria deve ser compatível com a Constituição Federal, que autoriza a cobrança de contribuição social pelo aposentado que retorna ou permanece no mercado de trabalho (art. 195, inc. II), porém não contém qualquer dispositivo que autorize o esvaziamento das consequências favoráveis decorrentes de tal cobrança. Ainda que, no âmbito infraconstitucional, existisse tal opção legislativa, seria eivada de inconstitucionalidade.

A respeito do princípio da solidariedade, sustenta o INSS que o mesmo justifica a assimetria entre os deveres e benefícios dos segurados existente no caso da desaposentação.

Para o relator, a Constituição Federal serve como base para a cobrança da contribuição previdenciária, inclusive dos aposentados que permanecem ou

retornem à atividade laborativa (art. 195, inc. II), bem como para os benefícios previdenciários devidos aos segurados (art. 201). Não há fundamento normativo constitucional que respalde a pretensão de que seja exigida a tributação sem a correspondente consequência jurídica dos benefícios previdenciários, sendo insuficiente, para a realização deste "recorte legislativo", a invocação genérica da solidariedade.

Aqui, importante apresentar alguns argumentos expostos pela Ministra Rosa Weber, que afirmou que na hipótese da desaposentação, embora o trabalhador já tenha recebido proteção do sistema, o que se busca é a prestação previdenciária decorrente do reconhecimento do tempo de contribuição ainda não computado, contribuição esta que não pode ter sua eficácia esvaziada. Considerando a previsão constitucional do direito à previdência social (arts. 6º, 194, *caput*, e 201, da Constituição Federal), bem como o direito ao cômputo do tempo de serviço/contribuição (art. 201, § 9º, da Constituição Federal), não se pode simplesmente destituir tais disposições de eficácia, sob pena de ofensa à ordem constitucional.

O INSS referiu, ainda, dois entendimentos do Supremo Tribunal Federal, um no qual foi assentada a validade da cobrança de contribuição previdenciária sobre os proventos recebidos por servidores públicos inativos; outro, no sentido de ser lícita a cobrança de contribuições dos aposentados que retornam ou permaneçam exercendo atividade laborativa. Para o relator, além de os entendimentos dizerem respeito a questões diversas, seus fundamentos não se prestam a justificar uma possível aplicação do princípio da solidariedade no sentido em que pretende a autarquia.

A alegação de violação à isonomia entre os segurados se baseia na disparidade gerada pela desaposentação sem o dever de restituição dos proventos já recebidos, o que colocaria os segurados (que utilizam a desaposentação) em posição indevidamente privilegiada, situação ofensiva aos arts. 5º, *caput* (ideia geral de igualdade), e 201, § 1º (vedação da adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias no regime geral da previdência social), da Constituição Federal.

A este respeito, o relator retoma seu entendimento de que a desaposentação deve ser considerada legítima, porém o cálculo do novo benefício deve obedecer critérios atuariais que levem em consideração os proventos já recebidos pelo

segurado aposentado (primeiro vínculo), bem como as novas contribuições (obrigatórias) realizadas. O que se impõe, inclusive pelo princípio da solidariedade, é a distribuição equitativa dos ônus do sistema, não tendo o Estado autorização genérica para alocação seletiva de encargos.

3.2.2.9 Conclusão do voto do relator

Em sede de conclusão, o relator fixou, de forma sintética, as premissas que deram suporte ao seu entendimento, quais sejam:

> a) o Regime Geral da Previdência Social constitui um sistema baseado em duplo fundamento: contributivo e solidário;
> b) inexiste comutatividade estrita entre contribuição e benefício, em razão do caráter solidário do sistema. De outra parte, não é legítima a cobrança de contribuição sem oferta de qualquer benefício real, em razão do caráter contributivo do sistema;
> c) compromete o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema o incentivo a aposentadorias precoces. Sobretudo, viola o princípio da isonomia que aqueles que tenham passado à inatividade precocemente desfrutem de situação mais favorável do que aqueles que permaneceram mais tempo em atividade, sem se beneficiarem do sistema previdenciário;
> d) o art. 18, § 2º da Lei nº 8.213/1991 não contempla a situação de alguém que tenha se aposentado e, havendo voltado à atividade, deseje renunciar à primeira aposentadoria para obter uma nova. Vale dizer: existe uma lacuna na legislação.
> e) a lacuna é explicável porque, anteriormente, até o advento da Lei nº 9.032/1995, vigorava um sistema de pecúlio – com a devolução das contribuições efetuadas após a aposentadoria no momento em que o segurado passasse, em definitivo, à inatividade. Diante disso, a questão da desaposentação não se colocava (pg. 49)

Por fim, o relator proferiu sua decisão, nos termos seguintes:

> 83. Por todo o exposto, dou provimento parcial aos recursos interpostos para assentar o direito à desaposentação – isto é, à renúncia à aposentadoria anterior e aquisição de uma nova –, observados os critérios aqui estabelecidos. Como consequência, a tese a ser firmada, com os efeitos inerentes ao instituto da repercussão geral, é a seguinte: inexistem fundamentos legais válidos que impeçam a renúncia a uma aposentadoria concedida pelo RGPS para o fim de requerer um novo benefício, mais vantajoso, tendo em conta contribuições obrigatórias efetuadas em razão de atividade laboral realizada após o primeiro vínculo. A fim de preservar a uniformidade atuarial, relacionada à isonomia e à justiça entre gerações, essa possibilidade é condicionada à exigência de que sejam levados em conta os proventos já recebidos por parte do interessado. A despeito da falta de disciplina legal específica sobre o tema, é possível interpretar o sistema constitucional e legal vigente, para assentar a seguinte orientação geral: no cálculo dos novos proventos, os fatores *idade* e *expectativa de vida* devem ser aferidos com referência ao momento de aquisição da primeira aposentadoria. Com isso se impede que tais fatores tenham

> deturpada a sua finalidade de graduar os benefícios segundo o tempo estimado de sua fruição por parte do segurado.
> 84. Tal orientação passará a ser aplicada 180 (cento e oitenta) dias após a publicação do presente acórdão, marco que servirá inclusive como termo *a quo* dos efeitos financeiros referentes aos pedidos não definitivamente decididos até a presente data, caso os Poderes Legislativo e Executivo não optem por instituir disciplina diversa, compatível com as premissas da presente decisão, mediante ato normativo primário próprio.
> 85. É como voto (pg. 50)

3.2.3 Do voto vencedor: Ministro Dias Toffoli (redator do acórdão)

Expostos os argumentos apresentados pelo relator, cumpre apresentar os fundamentos da tese vencedora, o que se passa a fazer através da análise do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli (redator do acórdão), sendo feitos apontamentos específicos de manifestações de outros ministros que votaram no mesmo sentido.

3.2.3.1 Art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91: constitucionalidade e interpretação

Inicialmente, o ministro afirma não vislumbrar inconstitucionalidade no art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91, que veda o recebimento de qualquer prestação aos aposentados que permanecem ou retornem a exercer atividade laboral, salvo o salário-família e a reabilitação profissional. Além disso, entende o ministro não ser o caso de ser conferida interpretação conforme a Constituição ao texto legal em análise, uma vez que lhe parece clara a interpretação dada pela União e pelo INSS no sentido de que o referido dispositivo, em conjunto com o art. 181-B, do Decreto nº. 3.048/99 (que atribui as aposentadorias as características de irreversibilidade e da irrenunciabilidade), proíbe a desaposentação.

O ministro faz menção, também, ao art. 96, inc. II, da Lei nº. 8.213/91, que, nas suas palavras, “proíbe, expressamente, que o tempo de serviço já aproveitado para a concessão da aposentadoria seja novamente computado” (pg. 56).

Sobre este ponto, cumpre transcrever o texto legal:

> Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:
> (...)
> II - é vedada a contagem de tempo de serviço público com o de atividade privada, quando concomitantes;
> III - não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro;

Ao que parece, com a devida vênia, quis o ministro, em verdade, fazer referência ao teor do inciso III, tendo ficado, por um equívoco de redação, consignado em seu voto menção ao inciso II.

O ministro referiu, também, que nunca houve a declaração de inconstitucionalidade de tais preceitos legais.

Com a devida vênia, visando analisar o julgado em conformidade aos objetivos da presentes pesquisa, cabem, neste ponto, algumas críticas em relação aos fundamentos apresentados pelo ministro.

A primeira delas diz respeito à irrenunciabilidade do benefício de aposentadoria, cuja base normativa seria o art. 181-B, do Decreto nº. 3.048/99.

O decreto, enquanto ato normativo de caráter regulamentar, tem como função constitucional facilitar a fiel execução das leis (art. 84, inc. IV, da Constituição Federal). Assim sendo, é vedado que, mediante decreto, haja inovação em relação aos institutos jurídicos.

Ocorre que não há, na Constituição Federal ou nas leis de regência, a atribuição da característica da irrenunciabilidade aos benefícios de aposentadoria elencados no aludido dispositivo, não tendo o instituto do decreto, por si só, o condão de realizar tal atribuição.

Salienta-se não ser cabível afirmar que o art. 181-B do Decreto nº. 3.048/99 seria regulamentar em relação ao art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91, uma vez que este preceitua que o aposentado que permanece ou retorna à atividade não faz jus a prestação alguma da previdência social em decorrência desta atividade, ao passo que aquele atribui aos benefícios de aposentadoria que elenca as características da irrenunciabilidade e irreversibilidade. Logo, não há identidade entre as situações tratadas.

Diante disso, verifica-se que as aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial não são irrenunciáveis por parte do segurado, ao menos não por força do art. 181-B do Decreto nº. 3.048/99.

Além disso, cabe fazer a seguinte reflexão, ainda que se trate de ponto com certo grau de especulação: no caso de o segurado requerer simplesmente a renúncia do seu benefício de aposentadoria, sem pleitear nova prestação da previdência social, haveria resistência por parte da autarquia? Em caso negativo (bastante provável), seria certo que o argumento da irrenunciabilidade teria sido colocado com a única finalidade de obstar a nova prestação (mais vantajosa ao

segurado), e não como uma verdadeira característica dos benefícios de aposentadoria referidos no dispositivo do mencionado decreto. Por ser a exclusiva renúncia (desacompanhada de posterior pedido de novo vínculo previdenciário) situação de quase impossível realização na esfera prática, a reflexão ora trazida dificilmente sairá do plano abstrato, o que não retira, contudo, sua relevância para a análise da presente questão, ao menos como um ponto complementar.

Um segundo ponto passível de crítica é referência feita ao art. 96, inc. II (ou III, consoante acima explicado), da Lei nº. 8.213/91, que conteria proibição de que o tempo de serviço já aproveitado para a concessão de aposentadoria seja novamente computado.

Conforme se verifica através da leitura do texto legal, o inc. II contém regra que veda a contagem de tempo de serviço público e de atividade privada de forma cumulativa, quando se derem de forma concomitante.

O inc. III, por sua vez, tem como objetivo impedir o acúmulo de benefícios no sistema público e no Regime Geral de Previdência Social, através da (re)utilização do tempo já utilizado para a concessão do benefício em sistema diverso. À título exemplificativo, se o segurado já é aposentado pelo regime público, tendo utilizado, por exemplo, 30 anos de contribuição no serviço público, não poderá utilizar o referido período para a obtenção de benefício no regime geral.

Uma outra interpretação possível a ser dada ao dispositivo (ainda que não pareça a mais adequada, eis que o texto legal utiliza a expressão “sistema”, indicando que está a tratar da situação do segurado que possui um vínculo estatutário e outro com o regime geral), seria a de que o tempo utilizado para a concessão de um benefício não poderia ser utilizado para a obtenção de nova prestação, de modo a acumulá-las.

De qualquer forma, de ambas as interpretações se extrai a regra geral de que o que é vedada é a acumulação de benefícios através da utilização de um mesmo tempo de contribuição por mais de uma vez, o que conferiria indevida vantagem ao segurado.

Nas situações objeto de crítica, percebe-se a existência de certa semelhança na construção feita pelo ministro. Na primeira situação, entendeu que os benefícios de aposentadoria são irrenunciáveis, o que não encontra suporte na lei de regência, mas tão somente em ato normativo infralegal. Na segunda, apesar de fazer

expressa referência à lei, a norma que se extraiu não condiz com o texto legal, não estando entre as interpretações possíveis.

Em ambos os casos, portanto, ainda que de formas diversas, foram utilizados argumentos que não possuem suporte legal. Tal situação se coaduna ao seguinte elemento do neoconstitucionalismo:

a) supremacia e protagonismo do Poder Judiciário (tópico 2.2.5): ao se valer de argumentos não previstos em lei, ou indo além do texto legal, o Poder Judiciário está, em verdade, atuando de forma ativista (como “criador” do Direito, papel que cabe do Poder Legislativo). Ainda que tais pontos não digam respeito diretamente à possibilidade ou não da desaposentação, os mesmos se mostram importantes premissas no sentido de se entender se o ordenamento jurídico contém ou não vedação ao referido instituto, sendo, por isso, fundamentais para o desfecho do caso.

3.2.3.2 Das disposições constitucionais no sentido da necessidade do tratamento da matéria por lei ordinária e da inexistência de previsão legal da desaposentação

Apesar de concordar com o relator no sentido de não haver expressa vedação constitucional à desaposentação, o ministro salienta que não há, também, expresso reconhecimento constitucional a este direito. Refere que a Constituição Federal dispõe caber à lei ordinária disciplinar as hipóteses em que as contribuições destinadas ao sistema previdenciário repercutem na concessão dos benefícios, consoante os arts. 194 e 195.

Nas palavras do ministro, a desaposentação permite o cômputo das contribuições posteriores à (primeira) aposentadoria no cálculo do novo benefício, mais vantajoso ao segurado em relação ao anterior.

Por não possuir previsão legal, entende o ministro não poder ter natureza de ato administrativo, eis que a prática de ato administrativo requer o atendimento ao princípio da legalidade. Outrossim, sendo a aposentadoria declarada por ato administrativo lícito, sua retirada do mundo jurídico não poderia ser admitida com efeitos *ex tunc* (retroativos).

Observa o ministro que a defesa da tese da possibilidade da desaposentação, porém, com a necessidade de devolução das parcelas recebidas, sob o fundamento

de vedação do enriquecimento ilícito, seria contraditória. Para o ministro, se o aposentado exerceu um direito (o de se aposentar) de forma legítima, e se há o direito à desaposentação, não há que se falar no dever de restituição de valores, uma vez que não teria havido enriquecimento indevido.

Acerca do ponto em questão, no mesmo sentido, cumpre trazer manifestação do Ministro Luiz Fux, que auxilia no seu esclarecimento:

> Inicialmente, contata-se que o art. 18, § 2° da Lei 8.213/1991 (Lei de Benefícios) tem sido mencionado em alguns julgados como regra impeditiva da desaposentação, na medida em que, supostamente, proibiria a concessão de nova aposentadoria com lastro em contribuição previdenciária posterior à concessão do primeiro benefício previdenciário. O *Parquet* se manifestou nos autos nesse sentido, tendo, inclusive, destacado que o art. 18, parágrafo 2º, deveria ser declarado inconstitucional, a fim de que a desaposentação se tornasse viável. Como isso não ocorreu, os acórdãos recorridos deveriam ser anulados na percepção do MPF.
> *Concessa máxima vênia* do entendimento defendido pelo Ministério Público Federal nos autos, não entrevejo, na redação do art. 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991, qualquer vedação à desaposentação. O que o referido dispositivo proíbe é a concessão de qualquer benefício além da aposentadoria já paga, com as ressalvas do salário-família e da reabilitação. Assim, a lei proíbe mais de uma aposentadoria pelo mesmo regime geral da previdência social. Não faz parte do espírito da norma a vedação a eventual melhoria do benefício previdenciário único, com contagem de tempo de contribuição posterior.
> (...)
> Porém, a ausência de vedação normativa à desaposentação não atrai qualquer conclusão de sua possibilidade. (p. 238-239)

Em sentido diverso, a Ministra Rosa Weber, que acompanhou o voto do relator (autorizando, portanto, a desaposentação), afirmou que a ausência de previsão da possibilidade de renúncia à mensalidade previdenciária com a finalidade de obtenção de benefício mais vantajoso não implica na inexistência do referido direito, eis que não vedado por lei ou pelos princípios do ordenamento jurídico. Trata-se de direito subjetivo patrimonial, portanto, disponível por parte do seu titular (segurado).

Entende a ministra que a renúncia não diz respeito ao ato de aposentação (direito à aposentadoria em si), mas com as mensalidades do benefício, as quais pretende o segurado ver substituídas.

Expostas as linhas de raciocínio dos ministros, cumpre a tomada de posição a respeito deste ponto.

Com o devido respeito à linha diversa, mostra-se mais adequado o entendimento de ser desnecessária expressa autorização legal para a desaposentação.

É sabido que os benefícios previdenciários demandam expressa previsão legal. Todavia, a desaposentação não se trata de um benefício específico, mas sim da renúncia a um benefício (ou as suas mensalidades, consoante referido pela Ministra Rosa Weber), a fim de ser pleiteado um outro, com expressa previsão em lei, junto à Previdência Social.

Sendo a aposentadoria renunciável (conforme tratado em item anterior - 3.2.3.1) e disponível (por se tratar de direito subjetivo patrimonial, nos termos referidos pela Ministra Rosa Weber), é legítimo ao segurado abrir mão dos proventos recebidos, independentemente de requerer, ou não, outra prestação da previdência social em momento posterior. Assim sendo, não se mostra necessária a expressa previsão legal da desaposentação, bastando, para sua viabilidade, a ausência de proibição.

Uma situação hipotética auxilia na explicação do ponto. Suponhamos o caso de uma trabalhadora (celetista), que, no ano de 2012, com 60 anos de idade e 25 de contribuição, tenha requerido e obtido a aposentadoria por idade (art. 48 da Lei nº. 8.213/91), seguindo na atividade laboral em que estava quando requereu a aposentadoria. Posteriormente, no ano de 2017, agora com 65 anos de idade e 30 de contribuição, pretenda ter acesso ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, sem a incidência do fator previdenciário, por fazer jus aos requisitos legais (art. 29-C, inc. II, da Lei nº. 8.213/91).

Nesta situação hipotética, é certo que a segurada atendeu as exigências legais para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, que lhe dever ser concedido, se assim for requerido. Caberá a interessada, tão somente, abrir mão da aposentadoria por idade, uma vez que não se permite a cumulação de benefícios neste caso, eis que o tempo de contribuição transcorrido até a aposentadoria por idade (25 anos) seria contado duas vezes (para a aposentadoria por idade e para a aposentadoria por tempo de contribuição, para qual seriam somados os 5 anos de contribuição posteriores).

Ao serem cumpridos os critérios legais, impõe-se o reconhecimento do direito ao respectivo benefício previdenciário. No exemplo em questão, o ordenamento impõe a renúncia ao primeiro benefício. Tal condição, porém, não faz com que se

esteja a falar de benefício específico, que demandaria expressa previsão legal, eis que não diz respeito aos requisitos do benefício em si, mas sim a questão diversa (impossibilidade de contagem de um mesmo tempo para mais de um benefício).

Percebe-se, assim, que a desaposentação é composta de atos não proibidos (renúncia à aposentadoria) e previstos no ordenamento jurídico (benefício previdenciário que se almeja após abrir-se mão do anterior). Logo, entende-se pela desnecessidade de expressa autorização legal para a autorização da desaposentação.

3.2.3.3 Considerações sobre o fator previdenciário

O ministro destacou o fator previdenciário, afirmando que o mesmo deve ser levado em conta para a solução da questão. O fator é calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, de modo a estimular a manutenção da contribuição e uma aposentadoria mais tardia.

Para o ministro, o fator não representa necessariamente um ônus para o trabalhador, eis que é em razão dele que se permite que o segurado tenha a opção de gozar de um benefício previdenciário antes da idade mínima estipulada, quando, por exemplo, entender que não conseguirá manter sua média contributiva.

Nesse sentido, para o ministro, também não se deve admitir a desaposentação, sob pena de subversão da lógica do fator previdenciário, eis que se permite a melhoria do benefício daquele que se aposentou mais cedo (gerando, desde o início da aposentadoria, ônus para o fundo sustentado por todos), que será favorecido pela passagem do tempo em que já estava em gozo do benefício previdenciário. Com a desaposentação, o critério da expectativa de sobrevida se tornaria demasiadamente flexível, passando a ser manipulado pelo beneficiário, conforme sua conveniência. Para o ministro, cairá por terra o objetivo de estimular a aposentadoria tardia, sendo violada a finalidade do fator previdenciário, com a ampliação do problema das aposentadorias precoces.

Aqui, cumprem ser feitas algumas considerações. Inicialmente, importa salientar que o fato de se estar ou não em benefício é irrelevante no que se refere à implementação dos requisitos dos benefícios previdenciários, que são atingidos, no caso da aposentadoria por tempo de contribuição (benefício amplamente impactado

pelo fato previdenciário), por exemplo, pela idade e pelo tempo de contribuição, o qual demanda efetiva atividade laborativa por parte do segurado. Em outras palavras, se alguém está em gozo de benefício previdenciário, é porque cumpriu os critérios legais para tanto. O fator previdenciário, por sua vez, continuará a valer, sendo aplicado conforme as hipóteses legais.

Além disso, as razões expostas pelo ministro demonstram uma grande preocupação em relação as seguintes situações: i) vantagem por parte do segurado que obtém benefício e continua trabalhando (incremento da renda); ii) manipulação, pelo segurado, do critério da expectativa de sobrevida; iii) ampliação do problema das aposentadorias precoces. Nisso, encontram-se presentes as seguintes características do neoconstitucionalismo:

a) a conexão entre Direito e moral (tópico 2.2.3): ao apontar situações consideradas problemáticas, bem como propor solução que sanaria tais problemas, o julgador está utilizando suas próprias razões para decidir, ou seja, está decidindo com base no que acredita ser mais indicado para o caso.

b) supremacia e protagonismo do Poder Judiciário (tópico 2.2.5): ao cogitar de possíveis problemas práticos decorrentes das suas decisões (o que, frise-se, ocorrerá em qualquer decisão que seja tomada em um caso relevante) e, mais do que isso, procurar sanar os efeitos disso, o Poder Judiciário invade sobremaneira as funções dos Poderes Legislativo e Executivo, aos quais cabe as funções de planejar e executar as diretrizes políticas e econômicas.

3.2.3.4 Opção pelo regime mais favorável

Afirma o ministro ser descabido o argumento de que a desaposentação asseguraria ao segurado a possibilidade de optar pelo benefício mais conveniente. Para ele, os segurados já gozam da opção de usufruir do benefício mais vantajoso (consoante os arts. 564, inc. VI, e 627 da Instrução Normativa INSS/PRES nº. 45/2010), quando fizer jus a mais de uma modalidade de aposentadoria e quando tais benefícios sejam inacumuláveis.

Contudo, entende que a legislação impede a desaposentação, por ser inadmissível a renúncia à aposentadoria, bem como em razão do tratamento específico dado pelo art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91, prevalecendo o direito adquirido e o ato jurídico perfeito em momento específico da vida do segurado.

3.2.3.5 Equilíbrio atuarial, comutatividade e sistema distributivo e solidário

Para o ministro, a vedação à desaposentação não implica em violação ao sistema atuarial, eis que o equilíbrio exigido pela lei não é entre a contribuição do segurado e o financiamento do benefício a ser por ele percebido, devendo, em verdade, ser levado em consideração o sistema como um todo.

O Ministro faz referência, também, ao princípio da comutatividade (diferenciado-do do equilíbrio atuarial), afirmando que a comutatividade prevê, apenas, a possibilidade de contagem recíproca de tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada. Novamente, com a devida vênia, há impropriedade na redação do voto em análise, eis que menciona o § 9º do art. 94 da Lei nº. 8.213/91, dispositivo que jamais existiu no ordenamento jurídico. O princípio da comutatividade, como é sabido, encontra previsão constitucional no art. 201, § 9º, da Constituição Federal), e legal no art. 94, *caput*, da Lei nº 8.213/91. Ao que parece, houve certa confusão no momento da redação do voto, sendo sobrepostos dispositivos atinentes ao assunto.

Ressalta o ministro ter a atual Constituição consagrado um sistema previdenciário solidário e distributivo. Entende que a autorização da desaposentação, sem uma revisão do sistema que criou o fator previdenciário e sem uma reestruturação dos cálculos atuariais implicará em ofensa à solidariedade do sistema previdenciário, consoante o teor dos arts. 40, 194 e 195 da Constituição Federal, ferindo, outrossim, a isonomia de tratamento entre os segurados, determinada pelo art. 201, § 1º, da Constituição Federal.

Em reforço à sua argumentação, o Ministro Apresentou a seguinte consideração doutrinária, que, no que se refere à suposta violação à isonomia, traz as seguintes ponderações:

> Entretanto, ainda que fosse possível esta ‘criação’ através da atividade jurisdicional, sem prejuízo da legitimidade, o fato de todos poderem requerê-la não afasta a infração à isonomia.
> O tratamento anti-isonômico não resulta da possibilidade ampla de requerimento decorrente do acesso ao Judiciário, mas, justamente, do fato de o direito à desaposentação não ser criado no âmbito do juízo de justificação, corporificado no processo legislativo, com possibilidade de participação de todos os destinatários da norma no discurso, mas no restrito âmbito do juízo de aplicação, onde, além de resultar de ato antidemocrático,

> pode favorecer um segurado que obtenha sentença favorável, em detrimento de outro que obtenha um provimento desfavorável.
> Dessa maneira, não há segurança jurídica, porque não há garantia da expectativa de comportamento. O segurado não poderia escolher se seria melhor se aposentar proporcionalmente e ter reconhecido o direito à desaposentação, ou permanecer em atividade e aguardar a aquisição do direito à aposentadoria integral, porque não haveria certeza quanto ao direito à desaposentação.
> Assim, aquele que escolhe não se aposentar proporcionalmente não está sendo displicente (e, portanto, não se aplica o adágio segundo o qual o direito não socorre os que dormem), mas ao contrário, previdente. A permitir a desaposentação, premiam-se aqueles que não planejaram o futuro, que não esperaram em atividade, sabendo que o estatuto jurídico previdenciário lhes conferiria, caso o fizessem, benefício de valor maior; premiam-se aqueles que adquiriram um direito durante o período em que já fruíam da proteção previdenciária, isto é, que manipularam o risco social, e punem-se os previdentes, os que planejaram o futuro, os que deixaram de fruir o benefício com o intuito de recebê-lo em valor superior, os que confiaram na norma e nas expectativas de comportamento" (SILVA, Elisa Maria Corrêa. Inconstitucionalidade da Desaposentação. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 100 e 101). (p. 61-62)

Aqui, cabe relembrar o argumento apresentado pelo Ministro Marco Aurélio (já referido no item 3.2.2.5), no sentido de que o art. 201, § 11º, da Constituição Federal, ainda que remeta à regulação legal, impõe que a contribuição previdência tenha repercussão nos benefícios, não sendo autorizado ao legislador realizar o total afastamento de tal repercussão. Em outras palavras, a Constituição determina a repercussão, ainda que não por completo, mas, ao menos, em certa medida. Ao contrário do que dá a entender o ministro Dias Toffoli, a desaposentação não parte do pressuposto de uma necessária correlação das contribuições e do benefício a ser desfrutado pelo segurado, mas sim da premissa constitucional da necessidade da existência de algum grau de correspondência.

3.2.3.6 Conclusão

Em sede conclusiva, reforçou o ministro não haver dúvida quanto ao sentido a ser conferido ao art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91, que, no seu entender, impede o reconhecimento do direito à desaposentação.

Indo além, salientou que, ainda que pairassem dúvidas, caberia aplicação da máxima *in dubio pro legislatore*, que significa uma regra de preferência quando há zona de penumbra a respeito da constitucionalidade ou não de uma decisão tomada pelo legislador.

Prosseguindo, referiu que, ao se vislumbrar uma pluralidade de concretizações de sentido possíveis, há que se respeitar o “pensamento possibilista”, desde que as alternativas surjam dos marcos constitucionais.

Assim como o relator, consignou o ministro que, vindo a matéria a ser tratada pelo Poder Legislativo, a decisão do órgão deve prevalecer, em respeito ao espaço democrático a ele reservado.

Por fim, propôs a seguinte tese de repercussão geral:

> No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91 (pg. 63)

3.2.4 Argumentos extrajurídicos e seu impacto na resolução da questão

Sem prejuízo dos apontamentos feitos nos tópicos anteriores, cumpre, no presente momento, expor os argumentos extrajurídicos apresentados pelos ministros. Em outras palavras, será feita referência a questões que, apesar de relevantes, fogem ao âmbito do Direito e, por consequência, não fazem parte do escopo de atuação do Poder Judiciário.

Neste tópico, os argumentos serão agrupados por ministro, sendo consideranda, também, a posição final tomada por cada um, iniciando-se com as manifestações dos ministros que votaram pela possibilidade da desaposentação, sendo analisados, em momento posterior, as manifestações dos ministros que decidiram de forma diversa, que formaram a tese vencedora.

Passa-se, agora, a analisar os argumentos dos ministros que votaram pela viabilidade da desaposentação, quais sejam: Ministro Luís Roberto Barroso (relator), Ministra Rosa Weber, Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro e Marco Aurélio.

Por parte do Ministro Luís Roberto Barroso, entende-se que os argumentos extrajurídicos por ele utilizados referem-se à necessidade de se considerar os valores já recebidos para o cálculo do benefício posterior. A Ministra Rosa Weber também utiliza razões extrajurídicas ao se manifestar sobre o referido ponto. Por se tratar de questão que não foi debatida pela totalidade dos ministros, eis que a maioria votou pela inviabilidade da desaposentação (sem maiores reflexões sobre a

necessidade de consideração dos pagamentos recebidos), os argumentos referentes a esta questão não serão abordados na sequência.

Em sua manifestação, a Ministra Rosa Weber ressaltou o cenário socioeconômico desfavorável que recai sobre grande parcela dos aposentados, que gera situações de necessidade financeira.

Referiu, também, que o intuito de melhorar o padrão de vida é inato ao ser humano, não se lhe sendo legal, moral ou eticamente proibido buscá-lo.

Para a Ministra, diante das contingências de carência econômica pelas quais passam muitos aposentados, um aumento do valor recebido pela Previdência Social não implica, na maior parte dos casos, em um aumento de gastos com itens supérfluos, destinando-se, em verdade, a compor o valor necessário para a manutenção de um padrão de vida minimamente digno, sendo importante considerar, ainda, os gastos naturalmente advindos com o avançar da idade.

A ministra menciona que a desaposentação, inegavelmente, é tida como realidade por muitas pessoas, sendo o instituto amplamente noticiado pela mídia (trouxe o exemplo de periódicos *on line* nesse sentido).

O ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, referiu que o tema poderia causar um grande impacto nos cofres públicos, sendo desejável, por isso, uma análise cautelosa do tema.

O Ministro Marco Aurélio, ao se pronunciar no âmbito dos debates, faz referência ao vezo popular de que “a corda estoura sempre do lado mais fraco”, afirmando não concordar com tal afirmação.

É interessante notar que o ministro utilizou a mesma forma de expressão quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 631.240/MG, anteriormente analisado, tendo manifestado-se pela desnecessidade de prévio requerimento administrativo como condição de acesso ao Poder Judiciário (posição minoritária), postura também favorável ao segurado.

Diante das manifestações dos ministros, notam-se que as razões extrajurídicas por eles utilizadas relacionam-se intimamente com os seguintes elementos do neoconstitucionalismo:

a) a conexão entre Direito e moral (tópico 2.2.3):

a.1) Ministra Rosa Weber: ao referir a difícil situação financeira que atinge a muitos aposentados, nota-se que a Ministra se valeu de critérios morais (uma certa ideia de justiça) na sua decisão. Em que pese a inegável importância da questão,

não cabe ao Poder Judiciário decidir conforme critérios morais próprios dos julgadores, eis que acabam se sobrepondo as leis, criadas, estas sim, pelo debate entre os representantes eleitos pelo povo, sendo, portanto, as leis a forma de maior prestígio da moral e da vontade popular, não devendo os magistrados colocarem a sua própria moral acima disso.

a.2) Ministro Marco Aurélio: é certo que o Direito Público (no qual se enquadra o Direito Previdenciário) versa sobre relações entre partes flagrantemente desiguais, sendo o Poder Público muito mais forte que o cidadão nesta relação (DI PITERO, 2019, p. 173-174), servindo as normas jurídicas como uma limitação do poder estatal em face do cidadão, que, por sua vez, possui nas normas uma espécie de garantia. Apesar disso, a posição do ministro demonstra uma certa tendência de interpretação em favor do segurado, com a pretensão de favorecer a parte mais fraca da relação, adentrando, assim, em um critério moral. Tal constatação se torna mais nítida ao se verificar a utilização da exata expressão de que “a corda não deve estourar para o lado mais fraco” tanto no caso ora em análise quanto no anterior.

b) supremacia e protagonismo do Poder Judiciário (tópico 2.2.5):

b.1) Ministra Rosa Weber: mencionou que muitas pessoas já têm como certa a desaposentação, questão inclusive amplamente noticiada. Como é sabido, não deve o Judiciário ceder diante de pressões de grupos ou da mídia, devendo decidir exclusivamente com base no Direito vigente. Atender ou representar grupos (sem, por óbvio, ignorar o bem comum) cabe ao Poder Legislativo, cujos membros são eleitos justamente para o desempenho deste papel, que não deve ser realizado pelo Poder Judiciário.

b.2) Ministro Ricardo Lewandowski: apesar de mostrar preocupação em relação ao impacto financeiro causado, tarefa que cabe, precipuamente, aos Poderes Legislativo e Executivo, esta razão não influenciou a decisão tomada pelo Ministro, que votou pela viabilidade da desaposentação, que representaria, nesta linha de raciocínio, um aumento das despesas públicas. Assim sendo, apesar de apontar tal razão extrajurídica, a decisão tomada não a teve como base, tendo servido, no caso, como mero ponto de reflexão por parte do ministro.

Analisados os argumentos expostos pelos ministros que votaram pela possibilidade da desaposentação, cumpre analisar o grupo dos ministros que se manifestaram pela sua inviabilidade, quais sejam: Ministro Dias Toffoli, Ministro Teori Zavascki, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Edson Fachin, Ministro Luiz Fux, Ministro

Gilmar Mendes e Ministro Celso de Mello. Por suas manifestações já terem sido objeto de análise nos tópicos anteriores, na sequência não se fará referência ao Ministro Dias Toffoli, ocorrendo o mesmo em relação aos Ministros Edson Fachin, Carmen Lúcia e Celso de Mello, que, em nosso sentir, não fizeram constar argumentos extrajurídicos em suas manifestações.

Mencionou o Ministro Teori Zavascki que, caso se decidisse pela viabilidade da desaposentação, por certo os segurados iriam requerer, assim que possível, o benefício de aposentadoria e, pela manutenção da atividade laboral, progredir na "carreira" em que se transformaria o regime previdenciário. Assim afirmou o ministro por entender que a decisão nesse sentido implicaria, também, na possibilidade de requerer um recálculo do benefício de forma contínua, eis que o aumento da idade e do tempo de contribuição permitiram este pleito.

Para o ministro, tal circunstância justifica o disposto no art. 181-B do Decreto nº. 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social), no sentido de atribuir aos benefícios de aposentadoria por idade, por tempo de contribuição e especial as características de irreversibilidade e irrenunciabilidade.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, entende que o sistema do Regime Geral da Previdência Social brasileira possui duas características que incentivam, de forma perversa, o reconhecimento da desaposentação, quais sejam:

i) o valor do benefício previdenciário não depende da existência de outras fontes de renda, gerando, portanto, forte incentivo ao trabalhador para se aposentar o mais cedo possível (por tempo de contribuição) e permanecer no mercado de trabalho, a fim de pleitear, posteriormente, por intermédio da desaposentação, prestação mais vantajosa. Assim, o benefício acaba funcionando como uma espécie de "seguro" contra os riscos do mercado de trabalhado (desemprego, por exemplo), eis que será uma garantia permanente de renda. O risco da geração de renda, desta forma, acaba sendo transferido para a entidade previdenciária;

ii) inexistência de idade mínima para a obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição, sendo necessário, tão somente, o atendimento do requisito do tempo de contribuição, conforme a lei de regência. Diante deste formato, pessoas bastante jovens conseguem obter o benefício de aposentadoria, porém permanecem no mercado de trabalho, podendo, em momento futuro, pleitear a desaposentação.

O ministro menciona, também, que a metodologia de cálculo do benefício de aposentadoria (que se baseia na média salarial do segurado e no fator

previdenciário) tem a finalidade de incentivar a postergação da aposentação, através da redução do valor do benefício daqueles que optarem por se aposentar mais precocemente.

Logo, o segurado possui as seguintes opções: aposentar-se mais tarde, a fim de obter benefício maior, ou aposentar-se mais cedo, sofrendo, porém, a redução decorrente da fórmula de cálculo adotada pela legislação.

Para o ministro, sendo autorizada a desaposentação, “o segurado teria o melhor dos mundos” (p. 245), havendo uma inversão da ordem do sistema, criando-se uma espécie de “pré-aposentadoria” (benefício anterior à desaposentação), que seria pleiteada pelos segurados assim que possível, sendo substituía, através do instituto da desaposentação, por benefício mais vantajoso, tão logo sejam atendidos os respectivos requisitos.

Por fim, cabe tratar da manifestação do Ministro Gilmar Mendes, que salientou que o contexto no qual o tema foi submetido à análise do STF é o de um desequilíbrio das contas públicas, razão pela qual deve o Poder Judiciário sopesar, com muita sensibilidade, os impactos econômicos e sociais produzidas pelas possíveis decisões a serem dadas ao caso. Para o ministro, a permissão da desaposentação não é condizente com a atual realidade econômica do país.

Nesse sentido, o ministro apresentou alguns dados, conforme os seguintes trechos de sua manifestação:

> A propósito do tema, chama a atenção o levantamento realizado pela Advocacia-Geral da União (eDOC 103) no sentido de que tramitam mais de 180.000 ações judiciais em que se pleiteia a majoração do benefício em razão da desaposentação.
> Some-se a isso o fato de que, ainda em 2013, poderia haver um número correspondente a 600.141 homens e 248.835 mulheres aptos a requerer o benefício da desaposentação. (PEREIRA, Rayanne Illis Neiva; e LIMA, Diana Vaz de. Uma discussão sobre o impacto da desaposentação nas despesas do RGPS: O preço das aposentadorias precoces. *Advances in Scientific and Applied Accounting*. São Paulo. v.8, n.3. p. 323).
> Nesse contexto, é de se considerar que, segundo o estudo mencionado, e caso se conclua por procedentes as teses referentes à desaposentação, estima-se um aumento mensal da despesa previdenciária no montante aproximado de um bilhão de reais por mês. (PEREIRA, Rayanne Illis Neiva; e LIMA, Diana Vaz de. Uma discussão sobre o impacto da desaposentação nas despesas do RGPS: O preço das aposentadorias precoces. *Advances in Scientific and Applied Accounting*. São Paulo. v.8, n.3. p. 324).
> O referido impacto também restou avaliado pela Coordenação Geral de Estatística, Demografia e Atuária do Ministério do Trabalho e Previdência Social, em estudo consignado na Nota Técnica CGEDA/DRGPS/SPPS/MPS nº 14/2015 (eDOC 104). Na oportunidade, estimou-se um déficit adicional de 6,8 bilhões de reais anuais e de 164,6 bilhões no longo prazo.

> Estamos a tratar, portanto, de quantias bastante relevantes, mormente se considerada a caótica situação em que se encontram as contas públicas na União, nos estados e nos municípios (p. 275-276)

O ministro afirma não se tratar de argumentos *ad terrorem*, mas sim de uma realidade compartilhada por diversos entes da federação, cujas contas públicas se mostram insuficientes para o custeio das despesas.

Expostas as razões apresentadas pelos ministros, verifica-se a presença de características do neoconstitucionalismo em suas manifestações, consoante a seguir demonstrado:

a) a conexão entre Direito e moral (tópico 2.2.3):

a.1) Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux: os ministros apresentaram situação tida por eles como uma consequência indesejada que decorreria da decisão em sentido diverso, decidindo de forma a evitar a ocorrência de tal situação, o que evidencia a presença de um senso de justiça dos ministros (em outras palavras, a moral dos mesmos) como um fator decisivo para a tomada de posição. Além disso, o Ministro Teori Zavascki afirmou que tal consequência justifica o preceito do Regulamento da Previdência Social que serve como barreira em face desta consequência. Desta forma, o referido regulamento (que, por si só, não gera direitos e obrigações, dada a sua natureza infralegal) foi utilizado como um suporte para justificar seu posicionamento, não como seu ponto de partida e limite de atuação.

b) supremacia e protagonismo do Poder Judiciário (tópico 2.2.5):

b.1) Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux: ao se decidir considerando as consequências que podem advir do posicionamento a ser tomado e visando proferir decisão que evite determinada consequência, ocorre uma interferência do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, que são os responsáveis por planejar, avaliar e conduzir os rumos do país, atuando de modo a escapar de consequências supostamente negativas (o que só se pode avaliar a partir da análise ampla, envolvendo aspectos políticos, econômicos e sociais) e atingir consequências positivas.

b.2) Ministro Gilmar Mendes: ao revelar intensa preocupação com a questão das contas públicas, inclusive afirmando expressamente tratar-se de questão que deve ser considerada pelo Poder Judiciário, verifica-se invasão nas esferas de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, estes sim responsáveis e verdadeiramente aptos (por contarem de todo o aparato técnico para tanto) pela

manutenção das contas públicas, atuando e propondo medidas para, em sendo o caso, aumentar receitas e/ou conter despesas.

A tais considerações, cumpre relembrar as razões extrajurídicas expostas pelo Ministro Dias Toffoli (questão trabalhada no tópico 3.3.3.3), que, em suma, são as seguintes: i) vantagem do segurado que obtém benefício e continua trabalhando (acréscimo de renda) em relação aos que permanecem em atividade, porém sem pleitear o benefício; ii) manipulação do critério da expectativa de sobrevida pelo segurado, conforme o seu interesse; iii) aumento do problema das aposentadorias precoces. Consoante referido, tais razões têm nítida relação com os elementos da conexão entre Direito e moral (tópico 2.2.3) e da supremacia e protagonismo do Poder Judiciário (tópico 2.2.5), que marcam o neoconstitucionalismo.

Além da analisar as razões extrajurídicas apresentadas pelos ministros, cumpre verificar o impacto de tal utilização na solução da questão. É o que se passa a fazer.

Pela viabilidade da desaposentação, votaram 4 (quatro) ministros, são eles: Luís Roberto Barroso (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Deles, apenas a Ministra Rosa Weber e o Ministro Marco Aurélio apresentaram razões extrajurídicas atinentes a questões que tenham passado pela análise de todos os ministros. Logo, entre os ministros que votaram no sentido de autorizar a desaposentação, 2 (dois) utilizaram razões extrajurídicas. Cabe reforçar que o Ministro Ricardo Lewadowski, apesar de ter apresentado razões extrajurídicas em seu voto, sua decisão seguiu linha diversa da que decorreria das referidas razões, sendo este o único caso de divergência entre as razões extrajurídicas apresentadas (quando tal utilização efetivamente ocorreu) e o sentido do voto.

Em sentido diverso (tese vencedora), votaram 7 (sete) ministros, quais sejam: Dias Toffoli, Teori Zavascki, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Destes, o Ministro Edson Fachin, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Celso de Mello não expuseram razões extrajurídicas em suas manifestações. Logo, dos 7 (sete) ministros que votaram pela inviabilidade da desaposentação, 4 (quatro) apresentaram argumentos extrajurídicos.

Assim sendo, percebe-se a utilização de razões extrajurídicas por parte de 7 (sete) dos 11 (onze) ministros que participaram da votação. Outrossim, todos os ministros (com exceção de Ricardo Lewandowski) que apresentaram razões extrajurídicas votaram no sentido que mais se coadunava a tais argumentos, o que

revela uma forte influência destas razões na formação da convicção dos ministros, podendo até mesmo se considerar que os argumentos extrajurídicos foram a principal base dos votos dos julgadores.

Apesar de o número de ministros que utilizaram razões extrajurídicas não tenha atingido a quantidade de 6 (seis) que votaram em um mesmo sentido (o que seria suficiente para definir por completo o julgamento), não se pode negar a grande influência no deslinde da questão, uma vez, pela tese vencedora, 4 (quatro) ministros apresentaram razões extrajurídicas, o que representa dois terços quórum necessário para a formação da maioria no âmbito do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Sem fazer maiores considerações sobre o mérito, o que fugiria ao escopo da presente pesquisa, é possível verificar, na decisão em análise, que os elementos do neoconstitucionalismo (a conexão entre Direito e moral e supremacia e protagonismo do Poder Judiciário) aparecem de forma clara, tendo grande influência no resultado a que chegou o Supremo Tribunal Federal, cuja decisão, que negou o direito à desaposentação, mitiga o direito social à previdência social. Em outras palavras, no caso em voga, a aplicação do neoconstitucionalismo redundou em decisão que representa uma diminuição a um direito social fundamental previsto expressamente no art. 6º da Constituição Federal.

4 Considerações finais

Após a realização da presente pesquisa, é possível, em sede conclusiva, fazer as constatações abaixo referidas.

A respeito do neoconstitucionalismo, verificou-se que muitos afirmam se tratar de uma ruptura em relação ao constitucionalismo anterior, representando, assim, o constitucionalismo contemporâneo. Há, por outro lado, posicionamentos críticos a este respeito, afirmando-se que o neoconstitucionalismo não apresenta elementos novos, eis que já existente desde o início do constitucionalismo do século XIX. Constatou-se, também, a inexistência de uniformidade em relação ao conceito de neoconstitucionalismo. Por tudo isso, a fim de evitar confusões, entendeu-se mais adequado analisar o fenômeno a partir de seus elementos essenciais (aqueles que normalmente lhe são atribuídos pela doutrina), não através de um conceito de pretensão universal.

Acerca do contexto histórico, percebeu-se haver forte corrente doutrinária no sentido de que o neoconstitucionalismo teve seu surgimento (ou, ao menos considerável fortalecimento) a partir do final da Segunda Guerra Mundial. Apesar disso, há posições doutrinárias afirmando que os elementos do neoconstitucionalismo já se faziam presentes em anteriores períodos da história, sendo, portanto, equivocado tomar-se o segundo pós-guerra como marco inicial do fenômeno. Apesar das sólidas razões formuladas pela crítica, se entende que os elementos do neoconstitucionalismo aparecem de forma mais clara e relevante no cenário constitucional do segundo pós-guerra, razão pela qual se acredita adequado tomar-se este marco temporal como um início (ou, ao menos, de um início mais marcante) do neoconstitucionalismo.

Os aspectos filosóficos do neoconstitucionalismo, em que pese as muitas discussões e controvérsias existentes, podem ser sintetizados através da afirmação de que o mesmo se mostra como uma posição, ao menos pretensamente, intermediária entre a abertura do jusnaturalismo e a rigidez do positivismo, a fim de aproveitar as qualidades e superar os defeitos de uma dessas correntes.

No contexto brasileiro, considera-se que a recepção da teoria neoconstitucionalista se deu a partir da Constituição Federal de 1988, que contém, em seu texto, uma elevada gama de princípios vagos e dotados de elevado teor axiológico, o que confere ao Poder Judiciário uma ampla esfera de atuação. Cumpre

referir, todavia, a existência de posicionamentos doutrinários afirmando que a atual Constituição brasileira não é compatível com o neoconstitucionalismo.

Sobre as características elementares do neoconstitucionalismo, foram tratadas aquelas consideradas como geralmente atribuídas ao fenômeno pela doutrina. A primeira estudada foi a força normativa da Constituição e a constitucionalização dos direitos. Tal característica parte da premissa de que a Constituição deixa de ser uma simples Carta Política, passando a ter aplicação direta e irradiando efeitos em toda a legislação, cuja interpretação deve privilegiar os preceitos constitucionais.

O segundo elemento abordado foi a distinção entre regras e princípios, incluindo-se, neste estudo, os métodos da subsunção e da ponderação. Neste tópico, constatou-se a existência de uma série de discussões e controvérsias doutrinárias, tanto por parte dos defensores da divisão das espécies normativas entre regras em princípios, como por parte daqueles que criticam tal forma de divisão. Apesar disso, a divisão das normas em regras e princípios é bastante consolidada no cenário jurídico pátrio, não só em sede doutrinária, mas também na prática dos tribunais. De forma resumida, verifica-se que a aplicação das regras ocorre por meio da subsunção, sendo os princípios, outro lado, aplicados mediante a técnica da ponderação. Tendo em vista a maior relevância dos princípios no contexto atual, a ponderação passa a ser mais aplicada, o que confere ao magistrado uma maior margem de atuação, de modo a atender as particularidades do caso concreto.

A terceira característica referida foi a conexão entre Direito e moral. A este respeito, concluiu-se que a doutrina neoconstitucionalista defende uma relação de maior proximidade entre o Direito e a moral, o que se dá mediante os valores morais atrelados aos princípios constitucionais.

O quarto elemento é o da interpretação jurídica, que, no âmbito do neoconstitucionalismo, deve ocorrer de forma a considerar e atender as particularidades do caso concreto, o que justifica ser conferida uma esfera de atuação mais ampla aos julgadores.

O quinto elemento do neoconstitucionalismo é o da supremacia e protagonismo do Poder Judiciário. Em que pese as críticas recebidas, é tido como um elemento positivo por parte dos defensores do neoconstitucionalismo, manifestando-se, especialmente, através da judicialização e do ativismo judicial.

Após a exposição de suas características elementares, foi tratado a respeito da principal crítica movida em face do neoconstitucionalismo, consubstanciada na tensão com o Estado de Direito. Por retirar, em muitas situações, do Poder Legislativo a decisão final, atribuindo-a ao Poder Judiciário, acaba-se ferindo a ideia das razões intrínsecas das leis, que, antes de sua aprovação, passaram pelo debate legislativo, local onde se manifestam as mais variadas noções de moral existentes na sociedade. Outrossim, considerando que pode o julgador, com certa facilidade, deixar de aplicar uma determinada lei, a fim de utilizar princípios supostamente aplicáveis ao caso, ocorre ofensa ao fundamento basilar da segurança jurídica, ficando o cidadão sem poder saber, de antemão, a postura que deve adotar para estar em conformidade ao direito.

Na sequência, foi analisada a postura neoconstitucionalista do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Direito Previdenciário, o que se deu através da análise dos Recurso Extraordinários de nº. 631.240/MG e 661.256/SC, que tratam, respectivamente, da necessidade de prévio requerimento administrativo como condição de acesso ao Poder Judiciário e da viabilidade jurídica da desaposentação. Ambos os casos tratam de temas de grande relevância e foram julgados sob a sistemática da repercussão geral, devendo, portanto, serem observados por todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Em ambos os casos, constatou-se a forte presença de elementos do neoconstitucionalismo, especialmente o da conexão entre direito e moral e o da supremacia e protagonismo do Poder Judiciário, verificáveis, principalmente, nas manifestações dos ministros que se referem a considerações de ordem prática (tópico 3.1.8) ou a argumentos extrajurídicos (tópico 3.2.4). Os argumentos desta natureza, como se viu, tiveram grande influência no resultado das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ambos os casos analisados, eis que grande parte dos ministros se valeu de razões nesse sentido.

As duas decisões objeto de análise foram favoráveis ao INSS, em detrimento dos segurados, redundando, portanto, a aplicação dos elementos do neoconstitucionalismo em decisões que mitigaram o direito social fundamental à previdência social (art. 6º da Constituição Federal).

Referências

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, p. 18-30, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/issue/view/23> Acesso em:

BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1113-1142, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/23083> Acesso em: 30 jan. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620> Acesso em: 05 fev. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, p. 5-43, fev./mai. 2010. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230> Acesso em: 08 fev. 2018.

_____, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul./set. 2001. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47562/44776> Acesso em: 06 fev. 2018.

_____, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>Acesso em: 17 jan. 2018.

BORGES, Adriano Souto. A falácia do “pós-positivismo” jurídico. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA, 2., 2015, Belo Horizonte. **Anais**... v. 5, Belo Horizente: Initia Via, 2016. p.110-125.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto nº. 3.048, de 06 de maio de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm> Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. **Instrução Normativa INSS/PRES nº. 45, de 06 de agosto de 2010.** Disponível em: < http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm> Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm> Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº. 10.741, de 01 de outubro de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 631.240 - Minas Gerais.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3966199> Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 661.256 - Santa Catarina.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4157562> Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº. 10.** Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1216> Acesso em: 28 fev. 2019.

BUSTAMANETE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2143> Acesso em: 26 fev. 2018.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, p. 1-44, 2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64> Acesso em: 02 mar. 2018.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In. CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.) **El canonconstitucional.** Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 153-164.

_____, Miguel. Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina. **Pensamiento Constitucional**, ano 14, n. 14, p. 12-31, 2010. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3042> Acesso em: 23 jan. 2018.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In. CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Editorial Trotta, 4.ed. 2009. p. 75-98.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. 2014. Disponível em: < http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf> Acesso em: 28 jan. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). **Artigos Direito GV**,n. 17, mar. 2008. *WorkingPaper* (citado com autorização do autor). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2856> Acesso em: 05 mar. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Tradução de: Nelson Boeira)

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST.,9., 2010, Curitiba. **Anais**... Curitiba: ABDConst., 2011. p.95-113. (Tradução de: André Karam Trindade). Disponível em: <www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf> Acesso em: 04 fev. 2018.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito. 2012. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/pt-br.php> Acesso em: 02 mar. 2018.

GONÇALVES, Daniel Diniz. Da judicialização ao ativismo judicial no direito previdenciário: uma abordagem hermenêutica do RE 631.240. **Revista da AGU**, v. 15, n. 1, p. 135-170, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/622>Acesso em: 03nov. 2018.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Direito, liberdade e moralidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. (Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes)

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987. (Tradução de: Gérson Pereira dos Santos)

JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Ronald Dworkin – Teórico do Direito. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: teoria geral e filosofia do direito**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito> Acesso em: 19 fev. 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: direito administrativo e constitucional**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo> Acesso em: 16 fev. 2018.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva.** São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 114-119.

MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 6, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/download/915/614> Acesso em: 19 jan. 2018.

MORAES, Roque. Análise de conteúdo. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999. Disponível em: <http://cliente.argo.com.br/~mgos/analise_de_conteudo_moraes.html> Acesso em: 02 mar. 2019.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da Constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. (Tradução de: Juliana Salvetti). Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/322> Acesso em: 22 jan. 2018.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, ano 2, v. 2, n. 2, p. 49-67, 2001. Disponível em:<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/10> Acesso em: 23 jan. 2018.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf> Acesso em:8 fev. 2018.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005. Disponível em: <www.georgemlima.xpg.com.br/filtragem.pdf> Acesso em: 12 fev. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**,Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011. Disponível em: <wwww.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf> Acesso em:10 mar. 2018.

_____, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”. **Anina: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, Curitiba, ano 1, n. 1, 2009. Disponível em: <anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em: 10 mar. 2018.