

O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo

Zélia Luiza Pierdoná^{*}

Professora de Direito da Seguridade Social da Faculdade de Direito, da Universidade Presbiteriana Mackenzie

SUMÁRIO

Introdução

O sistema de seguridade social brasileiro e seus subsistemas

Os princípios da seguridade social brasileira

O ativismo judicial brasileiro em matéria de seguridade social

Considerações finais

Bibliografia

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, da Universidade Presbiteriana Mackenzie; doutora e mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; realizou estágio pós-doutoral na Universidade Complutense de Madri; também é Procuradora Regional da República em São Paulo.

Introdução

A Constituição brasileira de 1988 instituiu um sistema de proteção social que tem por objetivo proteger todos os cidadãos nas situações de necessidade. O referido sistema foi denominado seguridade social, o qual é composto por três subsistemas: o da saúde, o da previdência e o da assistência social.

Com a citada Constituição, a saúde foi universalizada. Com isso todos têm acesso à saúde pública. A assistência social, proteção não contributiva, atende os necessitados, concedendo-lhes o mínimo existencial. Já a previdência social tem por objetivo proteger os trabalhadores e seus dependentes, quando diante de incapacidade laboral. Divide-se em previdência obrigatória e complementar. A obrigatória, por sua vez, é subdividida em Regime Geral e Regimes dos Servidores Públicos. Aquele protege todos os trabalhadores, exceto os servidores públicos que são protegidos pelos regimes instituídos por cada um dos entes federativos.

Assim como em outras áreas, a Constituição brasileira estabelece normas específicas a cada um dos subsistemas integrantes da seguridade social (os preceitos relativos à saúde estão nos arts. 196 a 200; os da previdência, nos arts. 201, 202 e 40; e, os da assistência, nos arts. 203 e 204), e determina que sua organização seja efetuada por meio de lei (parágrafo único do art. 194¹), com base nos princípios aplicáveis a todo o sistema (incisos do parágrafo único do art. 194, *caput* e § 5.º do art. 195).

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que as decisões judiciais envolvendo questões relacionadas à seguridade social devem considerar o conjunto dos preceitos constitucionais relativos à proteção social, e não um preceito isolado, ou mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana, como justificativa para decisões «generosas» que, a pretexto de garantir a justiça social, extrapolam o ordenamento jurídico e comprometem a sustentabilidade da seguridade social e de seus subsistemas.

Para tanto, inicialmente serão apresentados, sinteticamente, os preceitos constitucionais dos subsistemas integrantes da seguridade social brasileira, bem como aqueles relativos a seus princípios.

Após, a partir de decisões judiciais, especialmente uma do Superior Tribunal de Justiça, será demonstrada a inobservância, tanto dos princípios constitucionais de seguridade social, quanto das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo, o que as caracterizam como decisões ativistas.

1 Art. 194 [...]

«Parágrafo único: Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...]» Registre-se que a doutrina denomina princípios o termo «objetivos», referido no dispositivo constitucional transcrito.

Com isso, este trabalho pretende contribuir para o debate em relação ao ativismo judicial relacionado à seguridade social brasileira, o que inclusive tem sido uma das causas da excessiva judicialização.

1. O sistema de seguridade social brasileiro e seus subsistemas

A Constituição brasileira de 1988 instituiu um sistema de proteção social e o designou de seguridade social, a qual compreende um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. O referido sistema é pautado pelos princípios, dentre outros, da universalidade, da equidade e da solidariedade, os quais serão abordados no item «2».

Assim, o sistema de seguridade social brasileiro é constituído por três subsistemas: o da saúde, o da previdência social e o da assistência social.

Em relação ao subsistema da saúde, a Constituição, nos art. 196² a 200, garantiu a todos³ o acesso à saúde pública. A legislação infraconstitucional (Lei n.º 8.080/90) determinou a gratuidade dos serviços públicos de saúde, independentemente da situação econômica do usuário. A responsabilidade pela efetivação do direito à saúde é de todos os entes federativos⁴, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS.

A Constituição determinou que o Poder Público, nos termos da lei, deve dispor, dentre outras coisas, sobre a regulamentação, fiscalização e controle da saúde (art. 197).

A assistência social (proteção não contributiva), prevista nos art. 203⁵ e 204 da Constituição, tem por objetivo a garantia do mínimo necessário à

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

3 Antes da Constituição de 1988, a saúde pública brasileira tinha como destinatários, em regra, os trabalhadores e seus dependentes. Registre-se que a população brasileira, em 2018, é de 208,5 milhões de habitantes, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

4 O Brasil é uma federação composta pela União (ente central), por 26 Estados, pelo Distrito Federal e por 5570 Municípios.

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

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

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

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

sobrevivência daqueles que se encontram em situação de necessidade e que não são protegidos pela previdência social e também não têm proteção familiar.

Todos os entes federativos são responsáveis pela implementação das políticas de assistência social, as quais são coordenadas pelo Sistema Único de Assistência Social. Entretanto, a União é responsável pelos dois principais benefícios assistenciais (benefício de um salário mínimo devido aos idosos e às pessoas com deficiência e o benefício do bolsa família).

No mês de julho de 2018 foram pagos 4 723 987 benefícios assistenciais de prestação continuada aos idosos e às pessoas com deficiência⁶. O referido benefício, embora não seja previdenciário, é administrado, por delegação de competência, pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Os serviços de assistência social, como regra, são executados pelos Estados e Municípios (entes subnacionais), com recursos das receitas de impostos, dos citados entes federativos, e de repasses da União (que detém a competência para instituir contribuições sociais destinadas à proteção social e, portanto, também à assistência social).

A previdência social, por sua vez, é destinada a proteger os trabalhadores e seus dependentes e tem por objetivo garantir recursos nas situações em que eles não podem ser obtidos pelos próprios trabalhadores, em razão de incapacidade laboral, real ou presumida.

Diferente das outras duas áreas da seguridade social, a previdência exige contribuição direta do segurado para que ele e/ou seus dependentes façam jus às prestações previdenciárias. Trata-se, portanto, de proteção contributiva que tem como pressuposto o exercício de atividade remunerada, o que lhe atribui a natureza profissional/contributiva. Divide-se em proteção obrigatória e proteção complementar. A previdência obrigatória, por sua vez, subdivide-se em Regime Geral de Previdência Social (protege todos os trabalhadores, exceto os servidores públicos) e Regimes Próprios dos Servidores Públicos (dirigidos aos servidores públicos titulares de cargos efetivos) e tem por objetivo proteger a todos os trabalhadores até um determinado limite⁷. O regime financeiro da previdência obrigatória (Regime Geral e Regime dos Servidores) é de repartição simples e seus benefícios são definidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.

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

6 Conforme Boletim Estatístico da Previdência Social, da Secretaria de Previdência Social, v. 23, p. 28, in <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/09/beps18.07.pdf>, acesso em 10.01.2019.

7 O teto de proteção do Regime Geral de Previdência Social, para o ano de 2019, é de R\$ 5839,45.

O Regime Geral da Previdência Social – RGPS – é de responsabilidade da União, sendo que os benefícios são administrados pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (autarquia federal). Em julho de 2018, o número de benefícios previdenciários pagos pelo Regime Geral de Previdência Social foi de 30 067 095⁸.

As contribuições previdenciárias são arrecadadas pela Receita Federal do Brasil, assim como as demais contribuições de seguridade social.

Os Regimes dos Servidores Públicos são instituídos pelos respectivos entes federativos para proteger seus servidores titulares de cargos efetivos. O Brasil é uma república federativa, que possui como entes federativos a União, os Estados (26), o Distrito Federal (Brasília) e os Municípios (atualmente 5570).

A União, todos os Estados, o Distrito Federal e aproximadamente 40% dos Municípios instituíram regimes previdenciários para os seus respectivos servidores públicos. Embora apenas 40% dos Municípios tenham instituído proteção previdenciária, o número de servidores municipais abrangidos corresponde à aproximadamente 70%, uma vez que os maiores Municípios instituíram Regimes Previdenciários a seus servidores. Os servidores dos Municípios que não criaram seus Regimes Próprios de Previdência estão vinculados ao Regime Geral de Previdência Social.

O art. 201 da Constituição preceitua normas aplicáveis ao Regime Geral de Previdência Social, estabelecendo o caráter contributivo, a filiação obrigatória dos trabalhadores, bem como a necessidade de observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. O referido dispositivo constitucional estabelece, ainda, que, nos termos da lei⁹, a previdência deve garantir proteção a diversos eventos, dentre os quais, doença, invalidez, morte e idade avançada, maternidade e desemprego involuntário.

Os preceitos dirigidos à previdência dos servidores públicos estão previstos no art. 40¹⁰, também da Constituição. O referido dispositivo estabelece, assim

8 Conforme Boletim Estatístico da Previdência Social, da Secretaria de Previdência Social, v. 23, p. 28, in <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/09/beps18.07.pdf>, acesso em 10.01.2019.

9 Art. 201: A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

- I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

10 Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

como o faz para o Regime Geral de Previdência Social, o caráter contributivo e a necessidade de observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Aos servidores militares não se aplicam os preceitos dos Regimes dos Servidores Públicos. As regras a eles destinadas estão previstas apenas no ordenamento infraconstitucional.

Assim, todos os trabalhadores brasileiros são protegidos pelo Regime Geral de Previdência Social, exceto os servidores públicos e os militares.

A Constituição ainda prevê a previdência complementar (art. 202), que, diferente da previdência obrigatória, é facultativa e tem por objetivo permitir a continuidade do mesmo nível de vida que o trabalhador tinha quando exercia atividade remunerada, especialmente nas hipóteses em que seus rendimentos superem o limite máximo de proteção da previdência obrigatória. A referida proteção é organizada de forma autônoma em relação à proteção obrigatória e seu sistema financeiro é de capitalização.

Verifica-se, portanto, que a seguridade social é um sistema de proteção social formado pelos subsistemas da saúde, da previdência e da assistência social. Para garantir a efetivação dos três direitos do mencionado sistema, a Constituição brasileira prevê meios de financiamento, a cargo de toda a sociedade, que o faz de forma direta e indireta, nos termos do art. 195¹¹ da Constituição.

A forma indireta é efetivada pela destinação de recursos do orçamento fiscal de cada um dos entes federativos, especialmente da receita dos impostos. Exemplo disso são as normas que obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a destinarem um percentual da receita de impostos à saúde¹².

11 Art. 195: A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

- I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
 - a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
 - b) a receita ou o faturamento;
 - c) o lucro;
- II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;
- III – sobre a receita de concursos de prognósticos.
- IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

12 Art. 198 da Constituição [...]

§ 2.º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: [...].

A forma direta é garantida por meio do pagamento de contribuições sociais dirigidas à seguridade social, as quais estão previstas na Constituição (incisos do art. 195 e art. 239). Segundo o Supremo Tribunal Federal, as mencionadas contribuições possuem natureza tributária.

A competência para instituir as contribuições sociais destinadas à seguridade social, como regra geral, é da União, uma vez que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem apenas competência para instituir contribuição previdenciária de seus respectivos servidores.

A Constituição estabelece os pressupostos de sete contribuições para a seguridade social. Seis estão previstas nos incisos do art. 195 (contribuição da empresa sobre a folha de pagamento; contribuição da empresa sobre a receita ou faturamento; contribuição da empresa sobre o lucro; contribuição do trabalhador; contribuição sobre a receita de concursos de prognóstico; e, contribuição do importador de bens ou serviços do exterior) e uma prevista no art. 239, também da Constituição (contribuição do PIS/PASEP, que incidem sobre a receita ou faturamento das empresas).

As contribuições da empresa sobre a folha de pagamento e a contribuição dos trabalhadores são destinadas exclusivamente ao pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Em razão disso, são denominadas contribuições previdenciárias. A contribuição para o PIS/PASEP é dirigida ao pagamento do seguro-desemprego e, portanto, também à previdência social. As demais contribuições são para a seguridade social como um todo.

As contribuições dos servidores públicos e as contribuições dos entes federativos, sobre a remuneração de seus servidores, são destinadas exclusivamente ao pagamento dos benefícios de seus respectivos regimes previdenciários.

Vistos os principais preceitos constitucionais relacionados a cada um dos subsistemas da seguridade social, bem como as normas sobre o financiamento do referido sistema protetivo, na sequência, serão abordados os princípios constitucionais específicos da seguridade social, que a Constituição denomina como «objetivos».

2. Os princípios da seguridade social brasileira

Verificou-se, no item anterior, que o sistema de seguridade social é formado pelos subsistemas da saúde, da previdência e da assistência social. Apesar de os citados subsistemas possuírem área específica de atuação e destinatário definidos, eles compõem um sistema que tem por objetivo proteger a todos, nas situações geradoras de necessidades.

Os arts. 194 e 195 da Constituição estabelecem as normas aplicáveis a toda a seguridade social, as quais devem ser observadas quando se analisa cada um dos direitos integrantes da proteção social. Por fazer parte de um sistema, os direitos não devem ser interpretados de forma isolada. Devem observância às normas aplicáveis a todo o sistema.

Entretanto, isso nem sempre ocorre e, em razão de uma compreensão isolada de preceitos constitucionais, tem-se verificado inadequações, as quais poderão ser eliminadas ou, ao menos, amenizadas se forem analisadas a partir das normas que se aplicam a toda a seguridade social.

Nesse sentido, as normas específicas de cada um dos subsistemas: saúde (arts. 196-200), previdência (arts. 201, 202 e 40) e assistência (arts. 203 e 204) devem ser interpretadas considerando-se os preceitos comuns do sistema, em especial, os princípios específicos, os quais estão previstos nos incisos do parágrafo único do art. 194 e no *caput* e § 5.º do art. 195, todos da Constituição, que serão objeto de considerações a seguir.

2.1. Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento: previsto no inciso I do parágrafo único do art. 194, o princípio, sob análise, está em consonância com o sistema de proteção adotado, já que, por meio de seus três direitos integrantes, busca proteger a todos, nas situações geradoras de necessidades e não apenas aos trabalhadores, como ocorria no ordenamento anterior à Constituição de 1988. O referido princípio prevê a universalidade da cobertura e do atendimento.

A universalidade da cobertura corresponde às situações de riscos (objeto de proteção da seguridade social). É o elemento objetivo da universalidade e constitui um *vir a ser*, uma vez que somente haverá a universalidade propriamente dita quando todas as situações de risco forem atendidas. Já a universalidade do atendimento, que é a dimensão subjetiva do princípio, está relacionada aos destinatários das prestações de seguridade social.

O princípio da universalidade deve ser compreendido no sistema de seguridade social como um todo e não em relação a cada um de seus subsistemas, embora o subsistema da saúde compreenda a universalidade subjetiva, uma vez que, a partir da Constituição de 1988, todos são seus destinatários. Entretanto, nem o subsistema previdenciário isoladamente, nem o assistencial atinge a universalidade. Isso porque a previdência é dirigida aos trabalhadores e seus dependentes e a assistência é destinada aos necessitados, que não são protegidos pela previdência e não possuem assistência familiar. A mencionada forma de proteção foi preconizada por Beveridge, no Relatório concluído em 1942 (BEVERIDGE, 1989).

A universalidade da proteção constitui um objetivo a ser atendido, pois somente haverá sua concretização quando todas as situações de risco e todas

as pessoas estiverem protegidas pelos Poderes Públicos e pela sociedade, que também é responsável pelas ações de seguridade social, conforme estabelece o *caput* do art. 194.

Considerando que o princípio da universalidade corresponde a um vir a ser, rumo a sua efetivação, devem ser selecionadas etapas a serem cumpridas, ou seja, devem ser selecionadas as situações e as pessoas que terão prioridade de cobertura e de atendimento.

A Constituição estabelece que a implementação dos direitos de seguridade social deve ser efetivada progressivamente, haja vista o preceito do inciso III, do parágrafo único, do art. 194 da Constituição, que será abordado abaixo.

2.2. Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços: o referido princípio revela uma contenção provisória da universalidade, vista acima. No caminho de sua efetivação, o legislador e o executivo, cada um dentro de sua área de atribuição, deverão escolher etapas, selecionando os riscos sociais e os destinatários que devem ter prioridade no atendimento, bem como a proteção que lhes será dirigida.

Ressalta-se que mesmo que não houvesse a previsão da seletividade, os direitos de seguridade social seriam implementados progressivamente, nos termos do preceituado no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil é signatário.

Importante ressaltar que a seleção deve ser feita pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, cada um dentro de sua área respectiva, respeitando a segunda parte do preceito constitucional (distributividade). Registre-se que se a seleção feita atender aos preceitos constitucionais deve ser respeitada pelo Poder Judiciário.

Entretanto, algumas decisões judiciais não têm respeitado as escolhas feitas pelo Legislativo e pelo Executivo e, substituindo aos demais poderes, alguns juízes e tribunais procedem a outras escolhas, utilizando-se de preceitos isolados da Constituição e não tendo o conhecimento dos recursos disponíveis para tanto. As referidas decisões, além de violarem a separação de funções, estabelecida na Constituição, estimulam a judicialização e podem comprometer a sustentabilidade do sistema protetivo, haja vista seus efeitos econômicos, não apenas considerando o caso concreto, objeto da decisão, mas as repercussões que podem gerar, em razão da possibilidade de multiplicação de ações.

2.3. Princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais: previsto no inciso II do parágrafo único do art. 194, o citado princípio tem por objetivo conceder a mesma proteção, independentemente de onde o beneficiário resida. Deve ser registrado que, até a Constituição

de 1988, a população rural era destinatária de uma proteção bem inferior àquela concedida à população urbana.

Com a nova ordem constitucional, não é possível dar à população rural tratamento diferenciado, salvo nas hipóteses que a própria Constituição o fez: em relação à proteção previdenciária dirigida ao pequeno produtor rural e ao pescador artesanal (denominado segurado especial pelas Leis de Custeio e de Benefício); e, no que se refere à redução etária para a aposentadoria por idade. Assim, os demais segurados da previdência social, quer desenvolvam suas atividades no meio urbano quer no rural, possuem o mesmo tratamento, tanto em relação ao custeio, quanto no que tange aos benefícios. Também nas áreas da saúde e da assistência não pode haver qualquer diferenciação.

Entretanto, com muita frequência são proferidas decisões judiciais que violam o citado princípio, uma vez que consideram outras espécies de trabalhadores rurais, especialmente os boias-frias (contribuintes individuais), como segurados especiais e, em razão disso, concedem benefícios sem contribuição, quando a Constituição, no *caput* do art. 201, expressamente determina a contributividade da proteção previdenciária. Deve ser registrado que os segurados especiais contribuem sobre o resultado da comercialização de sua produção, o que não acontece com o boia-fria.

Os contribuintes individuais, quer exerçam suas atividades na cidade ou no meio rural, devem recolher as contribuições para fazerem jus à proteção previdenciária. Dessa forma, as referidas decisões, além de violar o princípio, ora em exame, violam o preceito constitucional que determina a necessidade de contribuição para a obtenção da citada proteção, conforme referido acima.

A observância dos citados preceitos constitucionais não resulta em ausência de proteção social, uma vez que haverá a proteção assistencial, desde que preenchidos os requisitos exigidos na legislação.

Não se ignora que no meio rural um grande contingente de trabalhadores informais não recolhem contribuições e, portanto, não obterão proteção previdenciária. Entretanto, isso também acontece na cidade. O referido fato não pode ser enfrentado com sentenças «generosas», que efetivam o que pode ser designado como «princípio do tadinho»¹³, mas com políticas públicas de inclusão previdenciária.

Além disso, como já mencionado, se não há a proteção pelo subsistema da previdência, poderá haver a proteção pelo subsistema assistencial. Nesse

13 Da palavra coitadinho, diminutivo de coitado. Utiliza-se a expressão para designar as situações que, embora o requerente não preencha os requisitos estabelecidos pelo legislador para a obtenção de determinada prestação de seguridade social, muitos membros do Poder Judiciário, em razão da situação fática, concedem a proteção solicitada, admitindo a existência de um princípio tácito: o princípio do coitadinho, do «tadinho».

sentido deve ser registrado que nem todos os moradores da zona rural são trabalhadores (segurados obrigatórios da previdência social), e, sendo trabalhador, poderá não estar incluído na proteção previdenciária, porque não efetua o recolhimento de contribuição para ter direito à citada proteção. Deve ser registrado, ainda, que a referida obrigação também se aplica aos segurados especiais, mas, em relação a eles, a contribuição é retida por quem compra o seu produto.

Portanto, se há o trabalho no campo, mas não por conta própria, não há que falar em segurado especial, mas em empregado ou contribuinte individual, nos termos, respectivamente, do art. 12, I ou V, da Lei n.º 8.213/91. Naquele caso a retenção e o recolhimento da contribuição é de responsabilidade do empregador e, neste, do próprio trabalhador. Quando a obrigação pelo recolhimento é do próprio trabalhador, na ausência de contribuição, não deveria ser concedida a proteção previdenciária.

2.4. Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, previsto no art. 194, parágrafo único, IV, o referido princípio garante a manutenção do valor nominal das prestações econômicas concedidas pelos subsistemas de seguridade social, especialmente o da previdência e o da assistência social que concedem benefícios. Isso porque, no subsistema de saúde há prestações de serviços e não concessão de benefícios.

Ressalta-se que o citado princípio não garante a manutenção do valor real, mas nominal, como referido acima. A manutenção do valor real é aplicada apenas aos benefícios previdenciários, nos termos do art. 201, § 4.º, da Constituição.

2.5. Princípio da equidade na forma de participação no custeio: previsto no inciso V do parágrafo único do art. 194 da Constituição, o citado princípio relaciona-se ao financiamento da seguridade social e contempla uma série de especificidades que devem ser observadas pelo legislador ao instituir as contribuições de seguridade social.

Diferente dos impostos, que devem observar o princípio da capacidade contributiva do sujeito passivo, as contribuições, além da referida capacidade, devem observar a relação entre a contribuição e as prestações, segundo o risco apresentado pelo contribuinte. Se maior o risco social, maior a contribuição.

O § 9.º do art. 195, acrescentado pela Emenda Constitucional 20/1998, e com a redação dada pela Emenda Constitucional 47/05, explicitou o princípio, prevendo a possibilidade de adoção de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

2.6. Princípio da diversidade da base de financiamento: o princípio, ora em exame, deve ser compreendido a partir da história do financiamento do sistema protetivo. No modelo alemão de seguro social, concebido por Bismarck, e seguido pelo Brasil, o financiamento está relacionado apenas à remuneração do trabalho, contribuindo tanto o trabalhador, quanto aquele que se beneficia de seu trabalho.

Com a ampliação do sistema protetivo pela Constituição brasileira de 1988, foi necessário diversificar as bases de financiamento, para utilizar outras fontes, além da remuneração do trabalho. A própria Constituição já estabeleceu (nos incisos do art. 195 e no art. 239) diversos pressupostos de contribuições para a seguridade social, conforme já mencionado no presente trabalho.

Além das contribuições já pressupostas, o § 4.º do art. 195 da Constituição estabelece que «a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social».

2.7. Princípio da gestão democrática e descentralizada: o art. 194, parágrafo único, VII, da Constituição, estabelece que a gestão da seguridade social deve ter caráter democrático e descentralizado.

Em relação ao caráter democrático, a gestão deve ter a participação dos destinatários da proteção. Ressalte-se que a redação do citado preceito constitucional revela a falta de compreensão do sistema de proteção social, inclusive pelo constituinte, em especial o constituinte que procedeu à reforma do dispositivo constitucional em exame (EC n.º 20/98).

Isso porque a redação original, embora tenha sido inadequada ao mencionar «em especial de trabalhadores, empresários e aposentados», fazia menção à participação da comunidade, na qual se compreendia os destinatários de cada um dos subsistemas componentes da seguridade social. A inadequação decorre do fato de que os trabalhadores, empresários e aposentados estão relacionados apenas à previdência social (um dos subsistemas) e não a toda a seguridade social. Porém, no termo «comunidade» estavam incluídos os destinatários dos dois outros subsistemas (saúde e assistência).

A EC n.º 20/98 eliminou a pouca compreensão de sistema que o dispositivo continha, uma vez que retirou o termo «comunidade», tendo estabelecido a seguinte redação: «caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados». A gestão quadripartite revela o caráter democrático, mas apenas da previdência social, sendo que o art. 194 está tratando de todo o sistema de seguridade social.

O equívoco da redação do inciso VII do art. 194 da Constituição brasileira é amenizado com os preceitos específicos do inciso III do art. 198, em relação à

saúde; e, do inciso II do art. 204, no que tange à assistência social, ambos da Constituição.

Assim, verifica-se que a falta de compreensão da seguridade social como um sistema é geral e não se limita ao ordenamento infraconstitucional.

A gestão democrática garante a participação dos beneficiários nos conselhos de cada um dos subsistemas, os quais foram instituídos pelas Leis n.º 8.080/90 (saúde), n.º 8.213/91 (previdência social) e n.º 8.742/93 (assistência social).

O caráter descentralizado da gestão está relacionado à forma federativa do Estado brasileiro, prevista no art. 1.º, *caput*, da Constituição. Em razão disso, cada ente federativo possui atribuições específicas, visando atender, de forma mais adequada, os beneficiários. A descentralização ocorre principalmente quanto aos serviços de saúde e de assistência social, uma vez que todos os entes federativos são responsáveis pela sua efetivação, nos termos do art. 23, II, da Constituição.

O Regime Geral de Previdência Social é de responsabilidade da União, não havendo descentralização em relação a sua gestão. Os demais entes federativos são responsáveis apenas pelo regime previdenciário de seus servidores.

2.8. Princípio do custeio prévio: está preceituado no § 5.º do art. 195 da Constituição, o qual determina que «nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total». Com isso, garante-se a efetivação da proteção, já que, sem custeio, não há que se falar em proteção.

Em relação ao citado preceito, UGATTI (2003), p. 106, sustenta que é «norma constitucional da espécie princípio, uma vez que atua como vetor, diretriz e elemento estruturante do planejamento constitucional para a seguridade social, norteando a atividade do legislador ordinário, intérprete, magistrado e do administrador público».

Apesar da referida previsão constitucional, muitas leis majoram a proteção e não fazem qualquer referência a seu custeio ou fazem de forma genérica. Exemplo disso é a lei que instituiu o Estatuto do Idoso, a qual determinou que o benefício de prestação continuada da assistência social (art. 203, V, da Constituição) concedido a um idoso, não deve compor a renda familiar *per capita* para a concessão da citada prestação a outro idoso da família. Assim, houve a majoração de um benefício, sem que a referida lei tenha estabelecido a correspondente fonte de custeio, já que fez apenas referências genéricas no que se refere a seu financiamento.

O mencionado princípio tem por objetivo evitar medidas demagógicas, já que o aumento de uma prestação social pode inclusive trazer vantagens

eleitorais, quer a um membro do Poder Legislativo quer a um titular de cargo no Poder Executivo. Assim, ao propor a criação, o aumento ou a extensão de uma prestação de seguridade social, deve-se respeitar o preceito do § 5.º do art. 195, indicando a correspondente fonte de custeio.

O princípio do custeio prévio revela a decisão política de ampliar o sistema protetivo, aliado à capacidade de financiamento da sociedade relacionada à proteção social.

Registre-se que as decisões judiciais que ampliam a proteção sempre violam o citado princípio, uma vez que o custeio advém de tributos e, nos termos do art. 150, I, da Constituição, apenas por meio de lei eles podem ser instituídos. Exemplo de decisão judicial que amplia a proteção é a decisão do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários n.ºs 580.963 e 567.985-3 e na Reclamação n.º 4.374, quanto ao critério de miserabilidade, para efeitos de concessão do benefício assistencial, previsto no inciso V do art. 203 da Constituição e regulado nos arts. 20 e 21 da Lei n.º 8.742/93.

Isso porque, a Constituição, no citado preceito, determinou que a lei deve estabelecer os critérios para a concessão do benefício devido à pessoa com «deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família». Atendendo ao comando constitucional, a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n.º 8.742/93) fixou um critério objetivo (1/4 de salário mínimo), sendo que o citado tribunal entendeu que o juiz, no caso concreto, poderá estabelecer outro critério. Com isso, houve extensão de um benefício, via Poder Judiciário, sem a correspondente fonte de custeio.

2.9. Princípio da solidariedade: é um dos pilares do Estado brasileiro e um de seus objetivos, expresso no art. 3.º, I, da Constituição.

No que tange à proteção social, sempre foi seu fundamento, sendo que os arts. 194 e 195 da Constituição demonstram que a solidariedade é a base da seguridade social brasileira. O *caput* do art. 194 preceitua que as ações de seguridade social são de responsabilidade, tanto dos Poderes Públicos, quanto da sociedade, revelando a solidariedade em relação à execução das ações protetivas. Já o *caput* do art. 195 estabelece a solidariedade no custeio da seguridade social, uma vez que toda a sociedade é responsável por seu financiamento.

Referindo-se ao princípio da solidariedade, PASTOR (1991), p. 124, defende que o seu autêntico alcance é dado por meio dos recursos financeiros. Para o referido autor (pp. 120 e 124) a relação jurídica de seguridade social tem seu princípio fundamental na solidariedade.

Em matéria previdenciária, verifica-se o reconhecimento da aplicação do citado princípio, quando se trata de conceder benefícios de risco. Por exemplo,

na hipótese de um trabalhador ficar inválido, em decorrência de um acidente (que não precisa ser do trabalho), mesmo tendo recolhido poucas contribuições, ele receberá o benefício de aposentadoria por invalidez, sem qualquer questionamento quanto à aplicação do princípio da solidariedade.

Entretanto, o referido reconhecimento não ocorria nas hipóteses em que o trabalhador se aposentasse e continuasse trabalhando e, portanto, recolhendo contribuições, sem qualquer repercussão em outro benefício. Os Tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do REsp n.º 1.334.488/SC), entediam que o segurado tinha direito de renunciar ao benefício de aposentadoria para requerer uma nova mais vantajosa, permitindo, o que ficou conhecido como «desaposentação», mesmo que a legislação determinasse que ele não faria jus a nenhuma outra prestação.

No julgamento do Recurso Especial n.º 1.334.488/SC (sob o regime dos recursos representativos da controvérsia) foi reconhecido o direito à desaposentação, sem a necessidade de devolução dos valores já recebidos, em decorrência da primeira aposentadoria concedida.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade da desaposentação, no RE n.º 381.367/RS, sendo que um dos fundamentos utilizado pelo referido tribunal foi justamente o princípio da solidariedade. Entretanto, embora tenha decidido pela sua impossibilidade, muitas pessoas receberam, por um longo período, suas aposentadorias com o acréscimo deferido pelos Tribunais Regionais Federais e pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça julgou a questão no REsp n.º 1.334.488/SC, em 08.05.2013, e o Supremo Tribunal Federal somente decidiu o RE n.º 381.367/RS, em 26.10.2016.

Além disso, na grande maioria dos casos, o Poder Judiciário brasileiro tem entendido que não há necessidade de devolução dos valores, quando recebidos em razão de decisão judicial, posteriormente modificada. Isso, sem dúvida, incentiva a judicialização. Também não se pode ignorar os recursos gastos com a máquina judiciária para apreciar as milhares de ações que foram propostas visando a desaposentação.

Vistos os princípios específicos do sistema de seguridade social, a seguir serão feitas considerações sobre o ativismo judicial, bem como apresentadas decisões consideradas ativistas em matéria de seguridade social, analisando-se uma delas.

3. O ativismo judicial brasileiro em matéria de seguridade social

Segundo RAMOS (2010), p. 116, «ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo».

Para o referido autor, o ativismo judicial não trata «do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional)», que em circunstâncias bem delimitada, pode ser deferida a órgãos superiores do judiciário, mas sim da «descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes» (pp. 116 e 117).

Defende o autor que a observância da separação dos poderes importa «na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados» (RAMOS, 2010, p. 117).

DIMOULIS (2012, p. 267) sustenta que «a Constituição não autoriza o Judiciário a decidir se as opções dos demais poderes são boas ou ruins ou se haveria melhores». Para o citado autor, a única questão que cabe aos julgadores «é se certa decisão é inconstitucional ou ilegal» e, se não for inconstitucional ou ilegal, o juiz deve aceitar a «solução dada pelo poder que possui a competência primária de cada caso».

Nas hipóteses em que não é possível a comprovação da violação da lei ou da Constituição, DIMOULIS (2012), p. 286, adverte que «o juiz “ativista” excede sua competência e ofende o princípio democrático que designa o legislador como representante do povo e, portanto, como primeiro concretizador da Constituição».

BARROSO (2012), pp. 25 e 26, defende que a «ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes». Embora reconhecendo a proximidade com a judicialização, o autor a diferencia, pois, segundo ele, enquanto a judicialização decorre do modelo constitucional adotado no Brasil e «não um exercício deliberado de vontade política», o «ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance».

Assim, apesar de haver diferenças entre judicialização e ativismo judicial, os membros do Poder Judiciário, em razão do ativismo, têm contribuído para o fenômeno da judicialização, uma vez que tem aumentado «o número de decisões do Judiciário brasileiro que atendem pedidos dos cidadãos, de organizações da

O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo \ **Zélia Luiza Pierdoná**

sociedade civil ou do Ministério Público e determinam uma política social mais generosa e divergente daquela decidida pelo Legislativo e implementada pelo Executivo» (DIMOULIS, 2012, p. 268).

A excessiva judicialização, ao menos no que tange aos direitos integrantes da seguridade social (saúde, previdência e assistência social), é fruto, principalmente, do ativismo judicial. Isso porque, embora a Constituição determine que cabe ao Poder Legislativo definir os benefícios e serviços, o Poder Judiciário tem determinado a concessão de prestações mais generosas, divergentes daquelas previstas nas leis e implementadas pelo Poder Executivo.

Além disso, não há motivos para deixar de buscar, na via judiciária, prestações melhores, especialmente porque, na grande maioria das vezes, os juízes concedem justiça gratuita e, com isso, o demandante não tem qualquer custo, mesmo que obtenha uma decisão contrária. Efetivamente, não há porque não tentar. Isso também contribui para o aumento significativo da judicialização dos direitos sociais.

A excessiva judicialização em matéria de previdência e assistência social¹⁴ (duas das áreas integrantes da seguridade social) levou o Tribunal de Contas da União – TCU a realizar a Auditoria n.º TC 022.234/2017-4, na qual foi apurado que «em dezembro de 2017 havia 34,3 milhões de benefícios na folha de pagamento de benefícios do INSS» – Instituto Nacional do Seguro Social, «sendo que 3,8 milhões (11,1%) foram benefícios com marca de despacho judicial». Segundo a referida auditoria, «durante o ano de 2017, foram pagos R\$ 609 bilhões em benefícios previdenciários e assistenciais, sendo R\$ 92 bilhões (15,1%) pagos a benefícios concedidos ou reativados por decisão judicial»¹⁵.

No que tange ao direito à saúde, o número excessivo de ações judiciais levou o Supremo Tribunal Federal, por meio de seu presidente à época (2009), a convocar uma audiência pública¹⁶, com a finalidade de ouvir especialistas e

14 Benefícios previdenciários e o benefício da assistência social de prestação continuada, devido aos idosos e às pessoas com deficiência (art. 203, V, da Constituição e arts. 20 e 21 da Lei n.º 8.742/93). Registre-se que, além dos benefícios previdenciários, o INSS administra também o citado benefício assistencial.

15 Conforme dados do Relatório da Auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União – TCU (TC 022.234/2017-4), no período de 09.08.2017 a 30.05.2018, cujo Acórdão foi aprovado no dia 05.12.2018, *in* <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/2235420174.PROC%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>, acesso em 14.01.2019.

16 «A Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009», Audiência Pública STF n. 4, *in* <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>, acesso em 30.01.2019.

adotar procedimentos adequados para o enfrentamento da temática. A necessidade de se convocar uma audiência pública, pelo Poder Judiciário, demonstra a inadequação da concessão, especialmente de medicamentos, pelo referido poder, o qual não foi estruturado para tanto.

Assim, a pretexto de «fazer justiça social», muitos membros do Poder Judiciário brasileiro, incluindo os membros dos tribunais superiores, estendem prestações não previstas em lei, flexibilizam critérios legais etc., sem a devida observância do conjunto dos princípios de seguridade social. Decidem com base em um princípio especificamente, interpretando a Constituição em tiras, ou fundamentando no princípio da dignidade da pessoa humana. Muitas decisões poderiam ser citadas, nas três áreas componentes da seguridade social, mas, considerando os limites do presente trabalho, será citada uma de cada um dos subsistemas, analisando-se apenas uma de previdência social, haja vista sua atualidade.

No subsistema de saúde é muito frequente que os membros do Poder Judiciário determinem, em ações individuais, a compra de medicamentos não incluídos na política pública, tratamentos de saúde, mesmo que realizados fora do Brasil, etc. Exemplo disso é a decisão do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região¹⁷, a qual determinou que a União providenciasse, «no prazo de 15 (quinze) dias, todas as iniciativas pertinentes à remoção da criança ao exterior e sua internação no Jackson Memorial Medical de Miami, nos Estados Unidos, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive com o tratamento de *home care* que a equipe médica daquele hospital do exterior recomendar».

Em relação ao subsistema assistencial, a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação n.º 4.374/PE¹⁸ (julgada em conjunto com os Recursos Extraordinários n.ºs 580.963/PR e 567.985-3/MT, na sistemática de repercussão geral) autorizou que cada julgador (juiz ou membro do tribunal), no caso concreto, avalie o atendimento do requisito miserabilidade. Isso, além de ter estimulado a judicialização, tem gerado uma multiplicidade de decisões, com tratamento desigual para situações semelhantes, uma vez que tem prevalecido o subjetivismo do julgador, em detrimento de critérios objetivos.

Registre-se que no citado julgamento o Supremo Tribunal Federal reconheceu que cabe ao legislador selecionar as etapas de efetivação do benefício assistencial em referência, em razão do equilíbrio econômico-orçamentário.

17 Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, Decisão proferida no Agravo de Instrumento n.º 0008474-47.2014.4.03.0000/SP, 27.05.2014, Desembargador Márcio Moraes, in <http://web.trf3.jus.br/noticias/uploaddir/file/Beb%C3%AA%20com%20S%C3%ADndrome%20de%20Berdon.pdf>, acesso em: 14.01.2019.

18 Supremo Tribunal Federal, Reclamação n.º 4.374/PE, 18.04.2013, Ministro Gilmar Mendes (relator), in <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>, acesso em 14.01.2019.

Entretanto, apesar do citado entendimento, os ministros decidiram que cada juiz poderá analisar no caso concreto a situação de miserabilidade. Com a mencionada decisão, os membros do Poder Judiciário não precisam observar o critério selecionado pelo Legislativo, violando, assim, o preceito do art. 203, V, da Constituição, que determina a competência do legislador para fixar os requisitos necessários à concessão do benefício.

Quanto ao subsistema previdenciário, considerando sua atualidade, na sequência serão apresentadas algumas considerações em relação à decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 1.720.805-RJ (rito dos recursos especiais repetitivos), na qual foi determinada a extensão do adicional de 25% da aposentadoria por invalidez às demais espécies de aposentadoria. A referida decisão demonstra a inobservância dos princípios de seguridade social, especialmente o da seletividade e o do custeio prévio, além de não respeitar a escolha feita pelo legislador.

Em seu voto, que preponderou no referido julgamento, a Ministra Regina Helena Costa (relatora do acórdão), assim fundamentou:

Sob o prisma da dignidade da pessoa humana, do tratamento isonômico e da garantia dos direitos sociais, previstos, respectivamente, nos arts. 1.º, III, 5.º, *caput*, e 6.º da Constituição da República, tanto o aposentado por invalidez, quanto o aposentado por idade, tempo de contribuição ou especial, são segurados que podem, igualmente, encontrar-se na condição de inválidos, a ponto de necessitar da assistência permanente de terceiro.

[...]

Por fim, com a devida vênia da Sra. Relatora, entendo não prosperar o argumento de necessidade de prévia fonte de custeio para a aplicação do benefício às demais modalidades de aposentadoria, ante o evidente caráter assistencial do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n.º 8.213/91, o qual, sublinhe-se, não consta do rol de benefícios e serviços devidos aos segurados do Regime Geral de Previdência Social e seus dependentes [...]

Remarque-se que o fato gerador do adicional em exame é a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, a qual pode estar presente ou não no momento do requerimento administrativo da aposentadoria por invalidez, bem como sua concessão pode ter ou não relação com a moléstia que deu causa à concessão do benefício originário, o que reforça seu caráter assistencial.

Da mesma maneira, consoante a alínea c, do parágrafo único, do art. 45 da Lei n. 8.213/91, o pagamento do adicional cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporado ao valor da pensão por morte, circunstância própria dos benefícios assistenciais que, pela ausência de contribuição prévia, são personalíssimos e, portanto, intransferíveis aos dependentes.

Devido à sua natureza assistencial, outrossim, não há previsão legal de fonte de custeio específica para o «auxílio-acompanhante» recebido pelos aposentados por invalidez; dessarte, não há falar, igualmente, em fonte específica para às demais modalidades de aposentadoria, porquanto tal benefício é garantido pelo Estado, independentemente de contribuição à Seguridade Social, nos termos do art. 203 da Constituição da República¹⁹.

Verifica-se, pelo trecho do voto transcrito, que o STJ desconsiderou a seleção feita pelo legislador infraconstitucional e, com isso, violou o princípio da seletividade, acima comentado.

Talvez o Tribunal tenha pretendido dar efetividade ao princípio da universalidade. Entretanto, mesmo que a decisão transite em julgado e haja o seu cumprimento pelo Poder Executivo, não haverá universalidade da proteção à necessidade de auxílio permanente de um terceiro. Isso porque apenas os segurados da previdência social fariam jus ao adicional de 25%, já que somente eles podem ser aposentados. E os pensionistas, e aqueles que não são protegidos pela previdência, não fariam jus à proteção? A justiça social que o Tribunal pretendeu fazer talvez não seja tão justa, como pretendiam os ministros do STJ, já que deixaria pessoas que também apresentam a necessidade referida sem proteção.

Não há dúvidas de que as pessoas que necessitam do auxílio permanente de um terceiro mereçam proteção. Porém, não será com decisões judiciais generosas que a referida proteção deverá ser efetivada, mas pelos legisladores, os quais, ao criar uma proteção, precisam considerar, dentre outras questões, as possibilidades financeiras do sistema de seguridade social. Isso porque, as citadas decisões, a pretexto de garantir a justiça social, extrapolam o ordenamento jurídico e comprometem a sustentabilidade do subsistema previdenciário e, indistintamente, de todo o sistema de seguridade social. Nesse sentido, Assis (1963),

19 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1.720.805/RJ, Ministra Regina Helena Costa (relatora para o acórdão), 22.08.2018, pp. 61/62, in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705875&num_regis_tro=201800206322&data=20180926&formato=PDF, acesso em: 10.01.2019.

p. 153, sustentava que «a sombra de uma interpretação supostamente “social” muitos disparates poderão ser cometidos em detrimento da coletividade».

O legislador poderá, por exemplo, criar uma proteção verdadeiramente assistencial à mencionada necessidade. Ou seja, criar uma proteção dentro do subsistema assistencial, pois ao contrário do afirmado pela Ministra, no trecho do voto acima transcrito, o adicional de 25% é acrescido à aposentadoria por invalidez e, portanto, é um adicional de uma prestação previdenciária. O mencionado adicional não está relacionado no art. 18 da Lei de Benefícios Previdenciários, porque é um adicional a um benefício referido no citado dispositivo legal.

Deve ser ressaltado que mesmo que fosse um benefício assistencial, ao contrário do afirmado pela Ministra, deveria observar o princípio do custeio prévio, previsto no § 5.º do art. 195 da Constituição, uma vez que, nos termos do citado dispositivo constitucional, «nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total».

O *caput* do art. 194 da Constituição estabelece que a seguridade social «compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social». Portanto, abrange também a assistência social.

Talvez a Ministra tenha pretendido se referir a «contributividade», mencionada no *caput* do art. 201, a qual é exigida pelo subsistema previdenciário e não pelo assistencial. Entretanto, a referida característica do subsistema previdenciário não deve ser aferida em relação a um determinado benefício, mas ao conjunto das prestações concedidas.

Além disso, deve ser destacado que o subsistema previdenciário exige o equilíbrio financeiro e atuarial, o qual é garantido pelas contribuições pagas em relação a um determinado conjunto de benefícios.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, utilizado como fundamentação para a extensão do adicional aos demais aposentados, apesar de sua importância, inclusive para a interpretação de todos os direitos fundamentais, dentre eles, os sociais, não pode ser, conforme sustentado por LOPES (2006), p. 237, uma «espécie de abracadabra jurídico»²⁰.

Por outro lado, verificando-se que determinada situação de necessidade não possui uma proteção correspondente, como é o caso do objeto da decisão comentada no presente trabalho, a referida situação deverá ser enfrentada pelo

20 LOPES (2006), p. 237 assevera que «não é de se admirar que seja ainda difícil uma discussão mais detalhada dos direitos sociais dentro dos trabalhos dos juristas e que saiam do lugar-comum da *invocação da “dignidade da pessoa humana”, espécie de abracadabra jurídico* de uma sociedade em que a discussão moral – da qual procede o próprio conceito de dignidade humana – não é feita em público» (os grifos não constam do original).

Poder Legislativo, o qual deverá observar o conjunto dos preceitos constitucionais de seguridade social, dentre os quais a necessidade de custeio prévio, bem como as pessoas que devem ser destinatárias da proteção a ser criada.

No caso específico da proteção às pessoas que necessitam de auxílio permanente de terceiro, talvez a forma mais adequada para efetivamente garantir a isonomia e a dignidade, seja uma prestação assistencial, que não tenha relação com os valores recebidos a título de aposentadoria. Entretanto, quem deve definir é o legislador, com base, dentre outras questões, nos recursos disponíveis.

Considerações finais

Como visto no decorrer do trabalho, o sistema de seguridade social brasileiro é constituído por três subsistemas (o da saúde, o da previdência e o da assistência social), sendo que a Constituição determina que o legislador deve organizar cada um dos citados subsistemas, observando os princípios específicos do sistema protetivo, os quais não podem ser interpretados isoladamente.

As escolhas feitas pelo Legislativo, ao organizar o sistema de seguridade social, somente podem ser afastadas pelo Poder Judiciário nas hipóteses em que não observarem o conjunto dos preceitos constitucionais. Assim, apenas nessas hipóteses caberá ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelos demais poderes. Do contrário, haverá interferência indevida, comprometendo-se a divisão de funções, constitucionalmente previstas.

Ao contrário de fundamentar o ativismo judicial, em matéria de seguridade social, os princípios constitucionais o limitam. Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana não tem uma conotação de «abracadabra jurídico», que permite que se afastem os preceitos constitucionais específicos do sistema protetivo.

A universalidade da proteção social é um *vir a ser*, devendo ser implementada, progressivamente, por políticas públicas, criadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, e não por decisões judiciais ativistas, considerando, dentre outras questões, as possibilidades financeiras do sistema de seguridade social. Não é atribuição do Poder Judiciário definir e implementar políticas públicas.

Bibliografia

Assis, Armando de Oliveira, 1963, *Compêndio de seguro social*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo \ **Zélia Luiza Pierdoná**

- BARROSO, Luís Roberto, 2012, «Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática» (SYN)THESIS, v. 5, n. 1, pp. 23-32, in <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>.
- BEVERIDGE, William H., 1989, *Seguro social y servicios afines: informe de Lord Beveridge*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- DIMOULIS, Dimitri, 2012, «Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais: justificação jurídica de decisões e competências», in *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*, José Carlos Francisco. (Org.), Del Rey, Belo Horizonte, pp. 261-277.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, 2006, *Direitos sociais: teoria e prática*, Editora Método, São Paulo.
- PASTOR, José M. Almansa, 1991, *Derecho de la seguridad social*, 7.^a ed., Tecnos, Madrid.
- PIERDONÁ, Zélia Luiza, 2015, «O sistema de seguridade social brasileiro», in Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Madrid/Espanha, Marco Antônio César Villatore; Francisca Moreno Romero. (Org.). v. 6, Ediciones Laborum, Madrid, pp. 87-104.
- , 2012, «Os princípios constitucionais de seguridade social como limitadores do ativismo judicial na proteção social», in *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*, José Carlos Francisco. (Org.), Del Rey, Belo Horizonte, pp. 327-351.
- , 2018, «O ativismo judicial em matéria de previdência e assistência social e inobservância dos princípios constitucionais de seguridade social», in *30 anos seguridade social: avanços e retrocessos*, ANFIP (Org.), ANFIP, Brasília, pp. 131-144.
- RAMOS, Elival da Silva, 2010, *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, Editora Saraiva, São Paulo.
- Secretaria de Previdência, Ministério da Fazenda (2018). *Boletim Estatístico da Previdência Social*, in <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/09/beps18.07.pdf>.
- Superior Tribunal de Justiça, REsp n.º 1.720.805/RJ, 22.08.2018 (Ministra Regina Helena Costa – Relatora para o acórdão), in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705875&num_registro=201800206322&data=20180926&formato=PDF.
- , REsp n.º 1.334.488/SC (Ministro Herman Benjamin – Relator), 08.05.2013, in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1186178&num_registro=201201463871&data=20130514&formato=PDF.

Supremo Tribunal Federal, Reclamação n.º 4.374/PE (Ministro Gilmar Mendes – Relator), 18.04.2013, *in* <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>.

—, RE n.º 381.367/RS (Ministro Dias Toffoli – Relator para o acórdão), 26.10.2016, *in* <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13963459>.

—, *Audiência Pública STF n. 4*, *in* <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>.

Tribunal de Contas da União, Acórdão n.º 2894/2018, 05.12.2018 (André Luís de Carvalho – Relator), *in* <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/2235420174.PROC%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>.

Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, Agravo de Instrumento n.º 0008474-47.2014.4.03.0000/SP, 27.05.2014 (Desembargador Márcio Moraes – relator), *in* <http://web.trf3.jus.br/noticias/uploaddir/file/Beb%C3%AA%20com%20S%C3%ADndrome%20de%20Berdon.pdf>.

UGATTI, Uendel Domingues, 2003, *O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social*, LTr, São Paulo.