

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

**CRÍTICA AO CONSEQUENCIALISMO ECONÔMICO DAS DECISÕES  
JUDICIAIS: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida  
pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por  
morte previdenciária<sup>1</sup>**

*CRITICAL ANALYSIS OF ECONOMIC CONSEQUENTIALISM OF JUDGMENTS:  
a case study from the judicial solution offered by the Federal Supreme  
Court in social security death benefits actions*

**Leonardo Zicarelli Rodrigues<sup>2</sup>**

**Patrícia Pasqualini Philippi<sup>3</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Consequencialismo Econômico Das Decisões Judiciais; 2. Estudo De Caso: Recurso Extraordinário 415.454 (SC); Considerações Finais; Referências Das Fontes Citadas.

**RESUMO**

O presente artigo investiga as diferentes linhas de argumentação jurídica da decisão judicial, especificamente quando se colocam em debate o conflito entre direitos fundamentais e o impacto nos orçamentos públicos para a sua efetiva realização. A análise econômica do direito, ou o *custo dos direitos*, consiste em fenômeno histórico cada vez mais presente no pensamento jurídico contemporâneo, sobretudo a partir do momento em que o Estado passa a assumir papel preponderante e ator no processo de concretização de direitos fundamentais. O presente artigo tem por objetivo geral demonstrar que a postura jurisdicional pode ora se inclinar para a busca de eficiência das suas decisões – no modelo *utilitarista*, de maximização dos resultados – ora se apoiar na busca de equidade e justiça do caso concreto. Como objetivo específico, o autor pretende demonstrar, a partir de estudo de caso e jurisprudência do

---

<sup>1</sup> Artigo Jurídico referente a disciplinas cursadas em seminário realizado em Alicante-ESP, em MAIO/2013.

<sup>2</sup> Advogado, Pós-Graduado em Direito Previdenciário, Mestrando em Ciências Jurídicas da UNIVALI-SC, professor de Pós Graduação. E-mail: leonardo@zicarelli.adv.br.

<sup>3</sup> Advogada; Professora de Direito Penal e Introdução ao Direito da UNIDAVI – Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí; Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: philippi@unidavi.edu.br.

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Supremo Tribunal Federal, que a doutrina do consequencialismo econômico das decisões judiciais – quando a decisão judicial afeta recursos financeiros da administração pública em geral – está ainda mais presente em matéria envolvendo proteção social e benefícios previdenciários, como ocorreu no julgamento do RE 415.454 (SC). Por fim, adotando o método indutivo, o autor almeja demonstrar que o custo dos direitos, ou seja, a preocupação com o consequencialismo econômico da decisão judicial reflete, de fato, o impacto que a globalização e o capitalismo podem trazer como efeito na mercantilização dos bens jurídicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Argumentação Jurídica; Jurisprudência do STF; Consequencialismo Econômico.

## **ABSTRACT**

This article investigates the different lines of legal argument in court decisions, specifically when you call into question the conflict between fundamental rights and the impact on public budgets for their achievement. The economic analysis of law, or the cost of rights, consists in a historical phenomenon increasingly present in contemporary legal thought, especially from the moment when the state begins to assume leading role and an actor in the concretion of fundamental rights process. The present article has the objective to demonstrate that judicial posture can sometimes lean to the pursuit of efficiency of their decisions - the *utilitarianism* model of maximizing results – or either rely on persecuting fairness and justice in legal cases. As a specific purpose, the author intends to show, through case study of the Federal Supreme Court jurisprudence, that the doctrine of economic consequentialism of judgments - where the decision affects the financial resources of public administration in general - is even more present in matters involving social protection and social security benefits, as it occurred at the judgment of the case *RE 415 454 (SC)*. Finally, adopting the inductive method, the author aims to demonstrate that the cost of rights, or the concern with economic consequentialism judicial decision, reflects, in fact, the impact that globalization and capitalism can bring as an effect of the commodification of legal matters.

**KEY WORDS:** Legal Argument; STF Jurisprudence; Economic Consequentialism.

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem por objetivo investigar a postura doutrinária da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria envolvendo proteção social e benefícios previdenciários, mais especificamente o julgamento no RE 415.454 (SC).

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) - ISSN 1980-7791.

Destarte, investiga-se, de forma crítica, até que ponto as decisões da mais alta Corte brasileira se amparam em fundamentos jurídicos, com ideais de justiça, à míngua de componentes políticos e econômicos na sua argumentação.

A jurisdição constitucional está recheada de decisões que levam em conta o chamado consequencialismo econômico dos direitos, mesmo em se tratando de direitos fundamentais, colocando em xeque, e até mesmo em segundo plano, a persecução de justiça no caso concreto.

O acesso a bens materiais e a serviços essenciais que garantam o mínimo existencial à dignidade da pessoa humana, encontra obstáculo no equilíbrio econômico das contas públicas protegidas pelo Estado, que apesar de fazer equívocado uso de suas escolhas na gestão dos recursos, se defende atrás do escudo da reserva do possível.

SAVARIS<sup>4</sup>, em análise sobre o tema, assevera:

Esse raciocínio judicial, permeado por uma constante preocupação com o impacto econômico das decisões previdenciárias, não permite aproximar o direito posto das exigências de equidade e de justiça e se revela cheio de cerimônias para a construção ou desenvolvimento judicial do Direito Previdenciário.

A justiciabilidade no fornecimento de medicamentos aos cidadãos, na garantia de acesso à educação, ou na valorização dos benefícios previdenciários de caráter alimentar, dentre outros temas envolvendo direitos sociais e considerados *hard cases*, esbarra no critério relativo aos impactos e repercussões econômicas da decisão.

Ao decidir no caso concreto, mesmo diante da clareza da justiça a ser realizada, o julgador teoriza sobre a maximização e bem estar da maioria, nos moldes da justiça utilitarista – em que se busca a maior felicidade para o maior número de pessoas.

---

4 SAVARIS, José Antônio. **UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: Contributo para Superação da Prática Utilitarista**. São Paulo: Conceito Editorial. 2011, p.193.

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A decisão utilitarista – preocupada com a utilidade do resultado – acaba por abandonar o aspecto intrínseco da fundamentação moral do bem jurídico, objeto da discussão. O custo dos direitos, ou seja, a preocupação com o consequencialismo econômico da decisão judicial reflete, de fato, o impacto que a globalização e o capitalismo podem trazer como efeito na mercantilização dos bens jurídicos.

O primeiro capítulo deste artigo vai analisar exatamente os critérios eleitos no uso da argumentação da decisão judicial, a preocupação com os seus efeitos e resultados, bem como a influência da globalização e do momento histórico – político e econômico – sobre decisões de grande relevância e repercussão geral.

A segunda parte se destina à análise do Recurso Extraordinário nº 415.454 (SC) – estudo de caso – fins de demonstrar a existência das diferentes linhas e critérios de argumentação jurídica dentro da composição de plenário do Supremo Tribunal Federal.

As premissas deste artigo estão sustentadas nas seguintes hipóteses: primeiro, que a argumentação jurídica ora se inclina para a justiça utilitarista – de maximização das decisões em prol da maioria – ora se limita à equidade e justiça do caso concreto; segundo, que há implícito, porém nítido componente econômico nas decisões da mais alta corte deste país, sempre que a decisão judicial afeta recursos financeiros da administração pública em geral; e por último, que a linha de pensamento do Supremo Tribunal Federal sofre mudanças de acordo com o momento histórico pelo qual passa o país, considerando impactos políticos e econômicos.

## **1. DIREITOS SOCIAIS E CONSEQUENCIALISMO ECONÔMICO**

É necessário o abandono definitivo da prática legalista-positivista de aplicação do direito, afastando a operação mecânica das normas ao caso concreto, que reduz e limita expressivamente o papel do Juiz perante os jurisdicionados.

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A modernidade que superou o liberalismo econômico – pautado nos ideais de liberdade e igualdade, sob a premissa estática e formalista do princípio da legalidade –, deve buscar paradigma que sustente a nova realidade emergente de constitucionalização de direitos sociais.

A percepção do Estado Democrático de Direito, como afirmação dos direitos da cidadania, pressupõe judiciário comprometido com os valores sociais e políticos que a sociedade pretende preservar e garantir<sup>5</sup>.

SAVARIS<sup>6</sup> assinala que “a garantia de políticas públicas destinadas a fazer frente às necessidades mais elementares dos indivíduos constitui pressuposto de uma existência condigna, do livre desenvolvimento da personalidade e da integração social”.

Neste novo cenário surge o papel preponderante do judiciário, como ator de realização e concretização dos ideais de justiça equitativa e distributiva, devendo posicionar suas direções para o caso concreto, e afastar valores externos e periféricos à ética e moral na razão de decidir.

Nas palavras de ABREU<sup>7</sup>:

Esta nova perspectiva decorre do constitucionalismo moderno, que ao pontuar os princípios fundamentais, inclusive os direitos sociais, deslocou a hegemonia do positivismo kelseniano, ao abrir espaço para correntes de humanismo jurídico, reintroduzindo no direito a idéia de justiça que o positivismo recusara.

Ocorre mudança de paradigma – de passagem do Estado Liberal para o Estado Social Democrático –, levando o juiz a transcender suas funções tradicionais de

---

5 ABREU, Pedro Manoel. **PROCESSO e DEMOCRACIA. O processo jurisdicional como um *locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito***. São Paulo: Editora Conceito, 2011, p.14.

6 SAVARIS, José Antônio. **Globalização, Crise Econômica, Consequencialismo e a Aplicação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC)**. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZO, Carlos Luiz. (Org.). *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um diálogo Latino-Americano*. Curitiba: Alteridade Editora, 2012. p.93

7 ABREU, Pedro Manoel. **PROCESSO e DEMOCRACIA. O processo jurisdicional como um *locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito***. p.264

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

adequar os fatos à lei, para assumir também a função de perquerir a realidade à luz dos valores e princípios constitucionais.

É evidente a necessidade de superação da operação mecânica e formalista da norma jurídica, de modo a reconhecer no atuar judicante tarefa comprometida com o atendimento aos postulados e premissas de realização de justiça no caso concreto.

A superação do formalismo positivista deve-se dar, portanto, com a reabilitação metodológica do caso concreto – e suas exigências de justiça – na problemática da interpretação da norma. É necessário reconhecer que o ato judicial decisório não corresponde à mera aplicação da lei, mas à realização do Direito<sup>8</sup>.

Há tempos que a hermenêutica jurídica superou a tarefa judicial de simples transposição de regras (norma escrita) ao caso concreto, sendo fundamental a análise sistemática e principiológica do direito, na busca e realização de justiça.

DWORKIN<sup>9</sup> trabalha as diferentes dimensões das regras (leis) e dos princípios, em seu “ataque geral contra o positivismo”, informando que os juristas ao raciocinarem em casos difíceis, “recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”.

E segue o filósofo americano denominando princípio como “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 equidade ou alguma outra dimensão da moralidade<sup>10</sup>”.

---

8 SAVARIS, J. A.. **A aplicação do direito da previdência social e a interpretação perversa do princípio constitucional da precedência de custeio – o argumento alakazam!** Curitiba: Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil), v. 10, 2011, p. 302

9 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002. p.35-36

10 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. p.36

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

No mesmo sentido é o magistério de ALEXY<sup>11</sup>, ao informar a diferença qualitativa dos princípios sobre as regras e a sua importância na análise do caso concreto. O autor trata da solução hermenêutica e da metodologia a ser utilizada sempre que houver conflito de regras ou princípios, sendo certo que “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem, para além desta dimensão, na dimensão do peso”.

Somente na interpretação jurídica com base em princípios será possível resolver casos complexos – como aquele inerente ao direito social à Previdência e Proteção Social – dado o seu nível de abstração e de constante conflito no ordenamento jurídico.

Neste contexto, a efetividade dos direitos sociais – característico do Estado intervencionista do *welfare state* – vai depender da metodologia hermenêutica do operador jurídico, de postura afirmativa e principiológica quanto à judicialização de políticas públicas, “em uma sociedade cada vez mais desacreditada na sua política e nos seus partidos de representação<sup>12</sup>”.

Destarte, reside justamente na metodologia da exegese jurídica eleita pelo operador jurídico, o destino da *ratio decidendi*, bem como da existência ou não de fatores externos (políticos, econômicos e sociais) na sua aplicação.

Ao interpretar a norma, o magistrado se vale de diferentes critérios, sendo certo que “toda interpretación de un derecho emitida por un órgano competente deberá ser considerada válida”. Não obstante “eso no quiere decir que se trate de una decisión correcta. La corrección dependerá de otra serie de factores de carácter ético o político”<sup>13</sup>.

---

11 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 94

12 ABREU, Pedro Manoel. **PROCESSO e DEMOCRACIA. O processo jurisdicional como um *locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito***. p.270

13 ROIG, Rafael de Assis. **Los derechos sociales em el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia**. *Sobre la interpretación de los derechos sociales*. Madrid: Dykinson, 2010, p.68

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A atuação jurisdicional ganha relevância quando o objeto de análise trata de direitos fundamentais, como aqueles denominados direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). Este movimento de judicialização de políticas públicas consiste em fenômeno mundial, de forma mais incisiva, ainda, nos países emergentes, cuja política de *welfare state* não atende, a contento, a todas as demandas populacionais.

FAIRSTEIN, em obra que trata dos direitos sociais na América Latina relata bem este fenômeno histórico:

Tal como señala Smulovitz, este mayor uso de los procedimientos legales y de los discursos de derechos está ocurriendo de diversas formas y em diferentes regiones, y há producido una creciente literatura sobre La judicilización de la política.

O grande desafio da judicialização de direitos econômicos, sociais e culturais, reside justamente no impacto financeiro dos orçamentos da administração pública, sendo indissociável o pensamento de que a efetivação de alguns direitos fundamentais pode comprometer a realização de outros, de mesma importância.

Com sua origem no final do século XVIII, um movimento filosófico denominado utilitarismo vai sustentar a tese de que a melhor decisão em determinada situação é aquela que traz o maior proveito para a coletividade, ou seja, cujos resultados são mais úteis à maximização do bem estar geral.

Por esta teoria, os direitos individuais podem ser sacrificados em prol de direitos coletivos, demonstrando a utilidade das decisões, sempre que esta se mostrar mais benéfica e prazerosa para o maior número de pessoas. Assim, a decisão utilitarista não avalia a questão intrínseca do caso concreto – o direito individual em si – mas a consequência e utilidade do resultado, que deve sempre almejar a valorização da felicidade geral.

ATIENZA<sup>14</sup> traduz a concepção desta teoria:

---

14 ATIENZA, Manuel. **El Sentido Del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 2012, p.204



RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Se trata de una concepción consecuencialista de la ética, según la cual se debe hacer aquello que tenga las mejores consecuencias. Se opone, por tanto, a una concepción deontológica como la de Kant que defiende la obligación de cumplir ciertas normas (de actuar movidos por el deber mismo), incluso en el caso de que transgredirlas tuviera buenas consecuencias.

A crítica que se faz à teoria utilitarista é a de que a mesma pode não levar os direitos dos indivíduos a sério, refutando princípios de justiça e equidade em nome da coletividade. Há prevalência do efeito consequencialista em detrimento dos valores intrínsecos afetos à ética e moral.

Consequencialismo é aqui utilizado com o significado de sobrelevar os desdobramentos da decisão antes mesmo de esta ser prolatada, admitindo-se que as consequências da decisão possam condicioná-la. Na verdade opta-se antecipadamente pelo “o que” julgar, ou, pelo “como” julgar. Ou seja, as consequências do julgamento se sobrepõem às demais questões tais como o conteúdo normativo ou o procedimento em si<sup>15</sup>.

Utilizando-se da técnica consequencialista-utilitarista, percebe-se a idéia de instrumentalização do Direito como ferramenta para promover o desenvolvimento social e econômico em determinado momento histórico. Assim, em tempos de crise, principalmente econômica, é perfeitamente associável uma política legislativa e judicial de restrição de direitos, justamente pela técnica de maximização de bem estar, que está adstrita ao controle rígido do orçamento público<sup>16</sup>.

---

15 Um exemplo seria o seguinte pensamento: “se não há rubrica para se garantir a moradia diante da ação proposta, deve-se alegar o princípio do mínimo existencial ou a reserva do possível”. Observe-se que não se questionou a constitucionalidade do direito à moradia, ou seja, a dicção normativa foi desqualificada sob o argumento econômico (ALVES, Cândice Lisbôa; ASSIS, Christiane Costa. **DIREITOS FUNDAMENTAIS E MÍNIMO EXISTENCIAL: uma crítica à vinculação econômica do direito**. Revista Eletrônica de Direito do CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1161>>. Acesso em 12 de fev. 2014)

16 SAVARIS, em seu artigo GLOBALIZAÇÃO, CRISE ECONÔMICA, CONSEQUENCIALISMO E A APLICAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (DESC), demonstra a preocupação do tema envolvendo a influência da globalização e do capitalismo na efetividade dos direitos sociais, valendo transcrever a nota de rodapé nº 25 daquele texto: No Brasil, a década de 1990 demonstrou algo do que pode ser feito – em termos de restrição de direitos sociais - em nome da segurança econômica e da austeridade fiscal, seja pela forte influência da ideologia

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Destarte, na aplicação do direito concernente à ponderação de princípios constitucionais colidentes em um caso concreto, a jurisdição constitucional pode conferir prevalência ao interesse da preservação do equilíbrio das contas fiscais ou ao princípio da eficiência econômica (maximização dos recursos), mediante o não reconhecimento judicial de direitos sociais<sup>17</sup>.

Neste contexto, abre-se caminho para a racionalidade instrumental sobre a racionalidade material do direito, para abandonar valores intrínsecos de equidade e justiça em nome da eficiência e pragmática utilidade da decisão judicial. A legitimação axiológica, pautada na fundamentação moral normativa, cede espaço para uma legitimação pelos efeitos, na melhor face da concepção utilitarista.

A decisão judicial, sobretudo em matérias envolvendo direitos sociais e direitos humanos, categorias dos direitos fundamentais, deve operar no sentido da racionalidade substantiva, primando pelo mínimo existencial e garantindo a proteção e concretização da dignidade da pessoa humana.

Em que pese o esforço das teorias jurídicas para uma decisão judicial mais justa e equitativa, o judiciário brasileiro, sobretudo na sua mais alta Corte, demonstra em inúmeros casos a preocupação – não jurídica, mas econômica e política –, com os seus resultados, como veremos a seguir.

---

neoliberal, seja pelas ameaças de crise econômica global por esta ideologia propagadas. Sobre o tema, conferir nosso "O processo de reformas da Previdência Social no Brasil como subversão da lógica do desenvolvimento progressivo dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais". In: CAMBI, Eduardo *et al.* (organizadores). *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, pp. 339-337. Interessantes estudos de Paul Pierson demonstram, de outra parte, as estratégias para redução dos custos políticos decorrentes de reformas restritivas de direitos sociais ("Post-Industrial Pressures on the Mature Welfare States". In: *The New Politics of the Welfare State*. Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 80-104; *Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher, and the Politics of Retrenchment*. Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

17 SAVARIS, José Antônio, **Globalização, Crise Econômica, Consequencialismo e a Aplicação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC)**. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. (Org.). *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um diálogo Latino-Americano*. p.93

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

## **2. ESTUDO DE CASO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 415.454 (SC)**

O caso representativo do RE 415.454 (SC) discutiu a possibilidade de aplicação dos efeitos da Lei 9.032/95 às relações jurídicas constituídas anteriormente à sua entrada em vigor.

Destarte, referida lei majorou a alíquota da pensão por morte previdenciária de 80% para 100% dos vencimentos percebidos pelo instituidor falecido, igualando-se, assim, a outras disposições legislativas como a dos servidores públicos.

Desta feita, as pensionistas que recebiam benefício, cujo ato de concessão era anterior à nova lei, almejavam na justiça o reconhecimento dos efeitos desta norma sobre os seus benefícios, com respaldo no princípio constitucional da isonomia.

A tese de aplicação imediata da norma mais benéfica, inclusive aos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência, encontrou guarida na justiça pátria, sendo que não somente pacificou-se o direito em primeira e segunda instância, como também no Superior Tribunal de Justiça e em algumas decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal.

Diante da insistência do INSS na defesa da não aplicabilidade da norma posterior aos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência, o Recurso Extraordinário nº 415.454 (SC) adentrou o plenário da mais alta Corte brasileira, impulsionado pelos efeitos da repercussão geral, para julgamento em data de 21/09/2005.

Os dois principais argumentos da Autarquia Federal, defendendo a inaplicabilidade da Lei nova aos benefícios anteriores, agasalhados pela posição majoritária dos ministros, podem assim ser resumidos:

i) violação ao princípio do *tempus regis actum* e do ato jurídico perfeito, na medida em que uma vez concedido o benefício, nos termos e pressupostos da lei então em vigor, não seria mais possível alterar a sua composição,

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

seja para favorecer ou prejudicar o beneficiário, em homenagem, sobretudo, à segurança jurídica;

ii) violação ao princípio da precedência do custeio, inserto no art.195, §5º, da CF/88, na medida em que a lei ordinária nº 9.032/95, que previu a majoração de benefício previdenciário, somente poderia ter aplicação sobre relações jurídicas pretéritas, caso indicasse expressamente a sua fonte de custeio.

#### **VOTO RELATOR – MIN. GILMAR MENDES**

Favorável à tese de defesa apresentada pelo INSS, o Min. Gilmar Mendes esboçou técnica de argumentação típica da prática legalista-positivista de aplicação do direito. Quanto ao primeiro argumento principal da defesa, assim se pronunciou o relator:

Com relação à matéria de aplicação da lei previdenciária no tempo, é válido mencionar alguns julgados deste Tribunal que consagram a aplicação do princípio *tempus regit actum* nas relações previdenciárias.

O relator argumenta que o tribunal de origem, ao garantir a aplicação da Lei nova às relações constituídas no passado, teria violado o instituto do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Assim, afigura-se evidente que, ao reconhecer a configuração de direito adquirido na espécie, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia, conforme consolidado diversas vezes por esta Corte. Nesse sentido, arrola os seguintes precedentes:

Seguindo na linha positivista, e adepto ao princípio estanque da legalidade, para o Ministro Relator a ausência de previsão expressa na norma impediria a aplicação dos seus efeitos sobre as relações jurídicas constituídas no passado, senão vejamos:

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Diante do silêncio eloqüente do legislador ordinário, a Lei nº 9.032/1995 deve ser aplicada, portanto, tão-somente, a concessões de benefícios ocorridas no período de sua vigência.

A técnica hermenêutica juspositivista, anacrônica e formalista de aplicação da norma, acaba por afastar a interpretação sistemática da Constituição Federal, bem como principiológica de fundamentação moral, considerando a natureza do bem jurídico em debate – benefícios de caráter alimentar, que visam à proteção da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, de início, pela argumentação operada pelo relator que se é verdade que a Lei não dispôs expressamente sobre os efeitos de sua aplicação nas relações constituídas anteriormente, também é verdade que a mesma não proibiu esta prática, o que por si só já demandaria a aplicação sistemática das normas e princípios constitucionais – segundo a melhor técnica hermenêutica.

No entanto, ao fazer a opção pela técnica de argumentação formal com base no princípio da legalidade, de forma isolada, o julgador se afasta dos valores axiológicos da norma, e coloca em xeque os fundamentos morais intrínsecos de solução do caso concreto, abrindo margem para decisão consequencialista-utilitarista. Em assim procedendo, o julgador acaba por privilegiar o resultado em detrimento dos valores em discussão no caso concreto.

Em segundo lugar, na sua análise sobre o argumento do precedente da fonte de custeio, assim iniciou seu voto:

De igual modo, nosso ordenamento constitucional impõe não ser possível invocar mera transposição das regras atuais de elevação do coeficiente de cálculo do benefício para 100% (cem por cento), para favorecer beneficiário ou pensionista, sem a devida correlação com bases de custeio previstas para sustentar estes pagamentos.

(...)

Assim, o acórdão recorrido, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculos a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, acabou por negligenciar a imposição constitucional de que a lei que majora o benefício

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

da “pensão por morte” deve **necessariamente** e de **modo expresso**, indicar a fonte de custeio total.

É dizer, não é possível interpretar essa legislação previdenciária inovadora de modo apartado das condicionantes orçamentárias previstas no 5º do art.195 da CF. Logo, a lei previdenciária aplicável ao presente caso concreto é a vigente ao tempo de concessão (princípio *tempus regit actum*).

(...)

Conclusivamente, não é possível cogitar de violação ao princípio da isonomia por duas razões.

Em primeiro lugar, trata-se de exigência operacional do sistema previdenciário que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada, mesmo quando expressamente determinada pelo legislador ordinário.

Em segundo lugar, ao estabelecer novos critérios diferenciados para o cálculo dos benefícios concedidos a partir da vigência da Lei nº 9.032/1995, a alternativa hermenêutica que se coloca é a imposição das leis gerais da regulamentação do setor previdenciário.

Assim, em princípio, não há falar em privilégios ou concessão diferenciada de benefícios previdenciários porque, a rigor, todos e cada um dos beneficiários são titulares da garantia de “reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme os critérios definidos em lei.” (CF, art.201, § 4º).

Nesse contexto, o cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calçado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I ), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da necessária dotação orçamentária exigida, de modo prévio, pela Constituição (CF, art. 195, § 5º).

E finaliza:

Por fim, tendo em vista esse perfil do modelo contributivo e da necessidade de fonte de custeio (CF, art. 195, § 5º) o próprio sistema previdenciário, constitucionalmente adequado, deve ser institucionalizado com vigência para o futuro.

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Afasto, por conseguinte, qualquer leitura do diploma legal referido (Lei nº 9.032/1995) que impute aplicação de suas disposições a benefício de pensão por morte concedidos em momento anterior.

Os argumentos da correspondência de base contributiva com os benefícios criados ou majorados, no início, podem parecer sedutores, na medida em que a fonte de custeio é indispensável para a realização das despesas, própria de qualquer modelo de previdência pautado no equilíbrio atuarial.

Não obstante, em nenhum momento do voto do Relator, o mesmo demonstrou que ficou comprovada a ausência de base contributiva suficiente para garantir a aplicação da norma a todos os benefícios indistintamente.

De fato, o que se percebe é a interpretação e aplicação crua e formal da norma, por suposição (ausência de fonte de custeio) não demonstrada no caso concreto, em face da eleição de critérios de julgamento, de caráter utilitarista – de preocupação com os resultados (consequencialismo, não jurídico e moral – como deveria ser –, mas de outra natureza).

## **DOS DEMAIS VOTOS EM PLENÁRIO**

Da leitura do voto-vista do Ministro Eros Grau, que abre divergência no debate, percebe-se claramente a postura distinta de argumentação e interpretação, senão vejamos:

A lei aplica-se imediatamente aos efeitos que se manifestam nesse período. Trata-se, então, de imediatidade da lei<sup>4-5</sup>.

Aplicando-se a lei imediatamente, não afetará as condições de validade de qualquer ato passado, nem alterará as conseqüências de um direito já realizado<sup>6</sup>. Não obstante, aplicar-se-á às situações em curso, vale dizer, atingirá os efeitos [ = direitos] que se verifiquem de forma sucessiva.

De mais a mais é certo que a situação previdenciária dos pensionistas é estatutária. Eles são titulares de direito adquirido a perceber pensões, mas não ao regime jurídico que a elas corresponde [veja-se o RE 92.232-6, rel. Min.

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

MOREIRA ALVES, - DJ de 09.05.80]. Alterações nesse regime produzem efeitos imediatos sobre os pensionistas em qualquer sentido, seja para o que se poderia chamar o mal -- quando se os onerasse --- seja para o bem ---- como se dá o caso. Quanto a este ponto, aliás, creio que o eminente Ministro relator --- que afirma "que a situação previdenciária é estatutária, não contratual, e não há direito adquirido a regime jurídico" --- estará de acordo comigo.

Destarte, a técnica de argumentação utilizada pelo Min. Eros Grau, de interpretação sistemática da Constituição Federal – trazendo conceitos de *imediatez da lei e regime jurídico de previdência* – por si só, suplantaria e desconstituiria a lógica formal aplicada no voto relator.

Porém, como se não bastasse, Eros Grau rebate a argumentação utilizada pelo Relator sobre a questão da fonte de custeio, quando discorre:

Por fim, a assertiva de que "a lei que majora o benefício da 'pensão por morte' deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total", eis que incidiria aí o § 5º do artigo 195 da Constituição, também não me convence. O argumento prova demasiado --- provaria que o artigo 3º da Lei n. 9.032/95, no quanto se confere nova redação ao artigo 75 da Lei nº 8.213/91, é inconstitucional.

Assim, utilizando o próprio argumento do Relator (fazendo-o provar do seu próprio "veneno") – de lógica formal e legalista, o voto vista já demonstra a divergência de posturas adotadas no Plenário, com técnicas de argumentação e de bases teóricas distintas.

Ora, se a própria Lei em debate não previu expressamente fonte de custeio para majoração das alíquotas da pensão por morte, a partir da sua vigência, por qual razão (jurídica) o relator presumiria que existiria ofensa ao princípio da precedência do custeio somente em relação aos benefícios já existentes? A eleição do critério interpretativo do Relator viola o princípio jurídico da isonomia, e demonstra implicitamente a adoção de prática de racionalidade instrumental e estratégica, pautada na eficiência do resultado.

Interessante apontamento contrário ao pensamento do Min. Gilmar Mendes, destacou também o Min. Cesar Peluzzo em plenário:



RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Mas me parece que, a levar às últimas conseqüências a objeção, teríamos de admitir que as leis que aumentam os vencimentos, a menos que disponham textualmente que pagam a todos que já vinham percebendo os vencimentos, não atingem aqueles que já o estão percebendo, só atingem os novos servidores que passarem a perceber! Porque, afinal de contas, a situação é a mesma: trata-se de pagamento de prestação continuada, ministro Gilmar Mendes, e ambas têm caráter alimentar e devem estar sujeitas aos mesmos critérios de revisão.

Destarte, o raciocínio formalista e legalista do Relator não se sustentava, e gera desconfiança sobre a ética utilitarista empregada no seu discurso, mormente por estar enfrentando tese jurídica envolvendo direitos sociais de cunho fundamental.

Em que pese o caráter contraditório dos argumentos expostos pelo Relator no Plenário do Supremo Tribunal Federal, e após voto vista divergente do Min. Eros Grau, manifestou-se o Min. Ricardo Lewandowski, nos seguintes termos de interesse ao estudo deste caso:

No caso dos autos, o julgador, ao dar uma interpretação à lei que atribui à alguém um direito sem expressa autorização normativa, à evidência, está criando um novo direito e, conseqüentemente, atuando na anômala condição de legislador positivo. E isso, o Supremo Tribunal Federal sempre rejeitou (RE 322.348 AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 2554 AgR/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI 1949 MC/RS; Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Não se mostra possível, portanto, *concessa venia*, aplicar-se a uma relação jurídica já consumada as alterações legislativas posteriores relacionadas ao cálculo da renda previdenciária mensal, inicialmente determinada, sejam elas mais ou menos benéficas ao segurado dependente deste.

E no concernente ao argumento da precedência da fonte de custeio, tem-se:

Ocorre que, a meu sentir, a vedação prevista no art. 195, § 5º, da CF não significa que toda a lei instituidora de benefício previdenciário tenha, obrigatoriamente, de prever, de forma expressa, a respectiva fonte de custeio.

Assim, quando o legislador mudou o valor do benefício a ser percebido pelos novos pensionistas, mediante a alteração do

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

coeficiente da pensão por morte de 80% para 100% do salário de contribuição do segurado, é de presumir-se que o fez com observância dos parâmetros que garantem o equilíbrio atuarial e financeiro do sistema previdenciário.

E seguindo esta linha de raciocínio e argumentação, o Min. Ricardo Lewandowski acompanhou o relator, deduzindo semelhante técnica interpretativa, anteriormente exposta.

O que se percebe claramente do voto deste julgador, é que ele **presumiu** que o legislador preocupou-se em editar norma que garantisse o equilíbrio atuarial. Porém, esta presunção ele aplica somente para os novos benefícios, olvidando-se das relações de trato sucessivo que caracterizam os benefícios previdenciários, no concernente aos anteriormente concedidos.

Ora, é evidente o rigor formalista e simplório de aplicação da norma, na medida em que o mesmo raciocínio utilizado pelo julgador serviria perfeitamente para embasar tese contrária à sua conclusão. Ademais, se assim sustentasse, utilizaria a técnica integrativa e sistemática da hermenêutica constitucional, dando guarida a princípios fundamentais como o da isonomia, da proteção social e da dignidade da pessoa humana.

O que se pretende demonstrar é que a argumentação utilizada tanto por este julgador, quanto pelo Relator, não se sustenta na medida em que se afasta da natureza jurídica e principiológica dos bens tutelados e ora em debate. Ao assim proceder, e abandonar a fundamentação ética e moral do direito fundamental ao benefício previdenciário (de proteção social), o julgador deixa clara a prática utilitarista de jurisdição, em que os valores-meios são substituídos pela eficiência e maximização dos resultados.

Seguindo na análise de estudo do presente caso, tem-se o estudioso voto divergente relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, sendo ele o primeiro a mencionar a Previdência Social como Direito Social e Direito Fundamental.

Assim, fazendo parte da lista dos "direitos sociais", de que versa o art. 6º da Constituição, **a previdência social é direito fundamental.**

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Apenas pela abordagem preliminar acerca do tema, ingressando a partir do reconhecimento de sua natureza de direito fundamental, percebe-se claramente a eleição técnica de argumentação e jurisdição moderna e vanguardista, preocupado exclusivamente com os pressupostos intrínsecos do caso concreto, e despedido de qualquer valoração consequencialista dos seus resultados.

Enfrentando a tese de defesa da Autarquia Previdenciária de suposta irretroatividade da norma e violação ao ato jurídico perfeito, manifestou-se o julgador no seguinte sentido:

Sendo que, tanto nessas prefigurações como naquela inicial (gradualidade benévola de concretizações), a garantia contra a retroatividade malsã do Direito legislado só opera em favor do titular do benefício. Não do Estado que edita o ato da ordem legislativa, pois exatamente contra o poder normativo-primário do Estado é que foi erigida a garantia constitucional da irretroatividade danosa.

E seguiu o ministro:

Numa primeira síntese conclusiva, então, descabe ao Estado-autarquia de nome "Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)", ora recorrente, **invocar em seu favor a aplicabilidade da garantia constitucional do ato jurídico perfeito**. O escudo do "*tempus regit actum*". Isto como fundamento para se opor à tese da aplicabilidade imediata da lei preexistentes valores de cada pensão previdenciária já formalmente concedida.

É fato que a lei nº 9.032/95 foi silente quanto à época exata de sua aplicabilidade. Não se nega. Mas se é próprio da Lei Maior apenas permitir, ou até mesmo obrigar que se modifique para o alto as expressões financeiras das aposentadorias e pensões, o silêncio da lei menor parece exigir uma postura interpretativa que favoreça, no caso, todos os pensionistas.

(...)

Daqui para a conclusão de que o referido silêncio da Lei 9.032/95 só pode significar tratamento isonômico a todos os pensionistas do sistema geral da previdência social é um passo. Um passo que respeitosamente dou, para entender que os efeitos benéficos do diploma em comento apanham

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

sim as pensões preexistentes à data de sua entrada em vigor.

Destarte, o voto em tela faz estudo pormenorizado de interpretação sistemática de aplicação da norma constitucional, invocando valores supremos para interpretar o suposto “silêncio elocuente” da norma.

Enquanto para o julgador formalista, engessado no princípio da legalidade, o silêncio da norma jamais poderia representar extensão de direitos, o julgador moderno se utiliza de técnica integrativa do ordenamento jurídico, para manter-se fiel ao escopo principal da jurisdição, que é fazer justiça ética e moral no caso concreto.

E como se não bastasse, a exposição de motivos da Lei 9.032/95, claramente ressaltava o seu objetivo de padronizar e nivelar as pensões previdenciárias no Brasil – passando todas ao patamar de 100%, tanto no regime geral quanto no regime próprio, dado o caráter de justiça e isonomia ao procedimento.

Assim, a interpretação que atendia ao princípio da isonomia, garantindo a aplicação da benesse legal inclusive aos benefícios anteriores, seria a única solução compatível com os ditames de justiça.

Não obstante, os Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Brito, Cesar Peluzzo e Sepúlveda Pertence restaram vencidos pela maioria no plenário naquele julgamento, que acompanharam o voto do Relator Min. Gilmar Mendes para afastar a aplicação da lei mais benéfica aos benefícios em manutenção, julgando procedente o recurso extraordinário interposto pelo INSS.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O estudo de caso, de fato, demonstra claramente as diferentes posturas e técnicas judiciais utilizada para a solução de determinado conflito judicializado, envolvendo direitos sociais. De um lado, a eleição da técnica formalista (do legislador positivo) e utilitarista e, de outro, o discurso material normativo e principiológico, de fundamentação moral.

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A conclusão que se chega da presente análise é a de que o Supremo Tribunal Federal, quando analisa temas de grande repercussão econômica, como o dos direitos sociais, se utiliza de inadequada postura na aplicação da norma de cunho utilitarista, preocupado mais com os resultados produzidos do que com as raízes axiológicas do direito material – como a questão da proteção social em direito previdenciário.

A preocupação, por um lado, pelos princípios da eficiência e do equilíbrio do orçamento público (equilíbrio atuarial), colide frontalmente com a exegese de racionalidade material atento aos princípios fundantes da dignidade da pessoa humana e da proteção social a que se reveste o direito em tela.

O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal reflete realidade jurídica indissociável com a realidade sócio-econômica de países emergentes, demonstrando claramente como a política legislativa e judiciária pode comprometer a proteção e garantia de direitos fundamentais, sempre que estes impactem nos orçamentos públicos.

A crítica ao consequencialismo econômico da decisão judicial é que ele se afasta da fundamentação moral das decisões, necessária ao avanço e progresso da sociedade como um todo, priorizando a técnica estratégica de resultado por metas de governo, dentro da sua realidade histórica sócio-econômica.

As hipóteses lançadas no início deste artigo parecem se confirmar, na medida em que resta demonstrada a eleição de critérios finalísticos (eficiência de resultados) na apreciação de casos judiciais envolvendo direitos sociais, como a proteção previdenciária.

Assim, não somente se comprova a existência de diferentes critérios de exegese normativa na doutrina da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – racionalidade ora material, ora instrumental – mas acima de tudo a preocupação econômica com o custo dos direitos e seu efetivo impacto nos orçamentos públicos.

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A política legislativa e judiciária de retração ou restrição de direitos sociais também parece coincidir com o cenário histórico de crise econômica pelo qual passa um país, como é evidente o caso concreto brasileiro.

Conclui-se, portanto, que a superação da ética utilitarista de maximização do bem-estar, de substituição dos valores-meios pela consequência econômica dos resultados, é o grande desafio a ser enfrentado.

O julgador deve eleger critérios adequados e preocupar-se com os valores fundamentais para a realização do direito, não como ciência operacional lógica, mas, sobretudo, como engenharia dinâmica de constante construção de justiça e pacificação social.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Editora Conceito, 2011

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006

ALVES, Cândice Lisbôa; ASSIS, Christiane Costa. **DIREITOS FUNDAMENTAIS E MÍNIMO EXISTENCIAL: uma crítica à vinculação econômica do direito**. Revista Eletrônica de Direito do CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1161>>. Acesso em 12 de fev. 2014

ATIENZA, Manuel. **El Sentido Del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 2012

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002

FAIRSTEIN, Carolina; KLETZEL, Gabriela; REY, Paola García. **En busca de un remedio judicial efectivo: nuevos desafíos para la justiciabilidad de los**

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli; PHILIPPI, Patrícia Paqualini. Crítica ao consequencialismo econômico das decisões judiciais: estudo de caso a partir da solução judicial oferecida pelo Supremo Tribunal Federal às ações revisionais de pensão por morte previdenciária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

**derechos sociales.** *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina.* ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolas Espejo, GARAVITO, César Rodrigues (orgs). Bogotá: Siglo de Hombre Editores, 2010

ROIG, Rafael de Assis. **Los derechos sociales em el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia.** *Sobre la interpretación de los derechos sociales.* RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (orgs). Madrid: Dykinson, 2010

SAVARIS, José Antônio. **Globalização, Crise Econômica, Consequencialismo e a Aplicação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC).** In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZO, Carlos Luiz. (Org.). Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um diálogo Latino-Americano. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, v., p. 89-126

SAVARIS, José Antônio. **A aplicação do direito da previdência social e a interpretação perversa do princípio constitucional da precedência de custeio – o argumento alakazam!.** Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil), Curitiba, v. 10, 2011, p. 281-313

SAVARIS, José Antônio. **Uma Teoria da Decisão Judicial da Previdência Social:** Contributo para Superação da Prática Utilitarista. São Paulo: Conceito Editorial. 2011

WOLFF, Jonathan. **Filosofía Política – Una Introducción,** Editora Ariel, 2. edição, 2009. Versão original em inglês – 1996.

Submetido em: Setembro/2013

Aprovado em: Outubro/2013