

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ÁLVARO JOSÉ BETTANIN CARRASCO

**ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA PREVIDENCIÁRIA:
PROPOSTA DE UM NOVO MODELO**

Porto Alegre

2015

ÁLVARO JOSÉ BETTANIN CARRASCO

**ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA PREVIDENCIÁRIA:
PROPOSTA DE UM NOVO MODELO**

Tese de Doutorado apresentada como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Orientador: Professor Doutor Cezar Saldanha Souza Junior

Porto Alegre

2015

**ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA PREVIDENCIÁRIA:
PROPOSTA DE UM NOVO MODELO**

Tese apresentada por Álvaro José Bettanin Carrasco como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Área de concentração: Fundamentos da Experiência Jurídica

Aprovado em 13 de agosto de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof.^a Dr.^a Denise Oliveira Cezar

Instituição: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt

Instituição: Centro Universitário Ritter dos Reis

Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin

Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof.^a Dr.^a Vivian Josete Pantaleão Caminha

Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO

É bastante grande o número de controvérsias judiciais que versam sobre a previdência social brasileira, notadamente no que concerne ao reconhecimento de direitos previstos na legislação que trata da proteção previdenciária. As substanciais divergências na aplicação dessa legislação, entre o Poder Judiciário e a entidade federal que administra o regime geral da previdência social, têm reflexos importantes no equilíbrio do sistema, de natureza securitária e contributiva. Além disso, tais divergências repercutem na forma de distribuição dos recursos públicos destinados ao custeio de benefícios e serviços. As atividades administrativa e jurisdicional tendem a ser exercidas de modo desvirtuado ou pouco eficiente, circunstâncias que prejudicam o desempenho estatal na implantação de políticas públicas e na realização da justiça distributiva. Uma reformulação do modelo de resposta institucional aos pleitos e conflitos previdenciários, com o fortalecimento do processo administrativo e a sua integração com uma instância judicial especializada, pode contribuir de maneira significativa para o enfrentamento da questão.

Palavras-chave: previdência social; justiça distributiva; administração; jurisdição.

ABSTRACT

There is a large number of judicial disputes concerning the Brazilian social security, especially regarding the recognition of rights of the legislation about social security protection. There are substantial differences between the judiciary and the federal entity administering the general social security system, in the legislation implementation, that causes important effects on the system balance, which is of security and contributory nature. Moreover, such differences affects in the form of distribution of public funds allocated to fund the costs of benefits and services. The administrative and judicial activities tend to be carried out in a distorted way or in low efficiency way, circumstances that harm the state performance in the implementation of public policies and in the realization of distributive justice. An overhaul of the institutional response model to the claims and social security conflicts, with the strengthening of the administrative process and its integration with a specialized judicial body, may contribute significantly to address the issue.

Keywords: social security; distributive justice; administration; jurisdiction.

RIASSUNTO

È troppo grande il numero di controversie giudiziale tra le Corti sulla previdenza sociale brasiliana, specialmente sul riconoscimento dei diritti previsti dalla legge di protezione di sicurezza sociale. Ci sono differenze sostanziali tra il Giudiziario e l'amministrazione federale del sistema generale della previdenza sociale, nella applicazione di questa legge, che fanno riflessi importanti al bilanciamento del sistema, che è di natura giuridica assicurativa e contributiva. Oltre, queste differenze riflettono nel modo di distribuzione delle risorse pubbliche destinati al patrocinio dei sussidi e servizi. Le attività amministrativa e giurisdizionale tendono ad essere fatte in modo travolto o poco efficiente, cose che pregiudicano la performance statale nell'impiego delle politiche pubbliche e nella realizzazione della giustizia distributiva. Una riformulazione del modello di risposta istituzionale alle pretese e conflitti collegati alla previdenza, con la fortificazione del processo amministrativo ed il suo collegamento con una giustizia specializzata, può contribuire in modo sostanziale per affrontarsi la questione.

Parole chiave: Previdenza Sociale; giustizia distributiva; amministrazione; giurisdizione.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 JUSTIÇA E PREVIDÊNCIA SOCIAL	15
1.1 NOÇÕES BÁSICAS DE JUSTIÇA	15
1.2 PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	18
1.3 PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, LEGALIDADE, E CONFLITOS COLETIVOS.....	22
1.3.1 Fator previdenciário e desaposentação	26
1.3.2 Aposentadoria especial e afastamento do trabalho nocivo à saúde	29
1.3.3 Aposentadoria especial e relação de agentes nocivos	31
1.3.4 Auxílio-reclusão e caracterização da baixa renda	32
1.3.5 Auxílio-acidente e lesões permanentes	34
1.3.6 Prova de tempo de serviço/contribuição e sentença trabalhista	35
1.3.7 Contribuinte individual e atividade especial	38
1.3.8 Desemprego e perda da qualidade de segurado	40
1.3.9 Extensão do controle judicial	44
1.4 POSITIVISMO E APLICAÇÃO DO DIREITO	47
2 ADMINISTRAÇÃO E JURISDIÇÃO	58
2.1 SISTEMAS DE CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO	58
2.2 SISTEMA DE JURISDIÇÃO DUPLA.....	62
2.3 SISTEMA DE JURISDIÇÃO UNA	66
2.4 JURISDIÇÃO E PROCESSO ADMINISTRATIVO NO BRASIL.....	67
2.4.1 A função jurisdicional	67
2.4.2 Notas acerca do processo administrativo	71
3 MODELO ATUAL DE JUSTIÇA PREVIDENCIÁRIA	79
3.1 PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	79
3.1.1 Fase inicial.....	80
3.1.2 Fase de instrução	81
3.1.3 Fase decisória.....	84
3.1.4 Fase recursal.....	84
3.2 PROCESSO JUDICIAL	88
3.2.1 Competência para julgamento das ações previdenciárias	89
3.2.2 Procedimento comum	91
3.2.3 Procedimento dos juizados especiais federais.....	100
4 MODELO PROPOSTO DE JUSTIÇA PREVIDENCIÁRIA	105
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	105
4.1.1 Semelhança entre a atividade administrativa e a atividade judicial.....	108
4.1.2 Interesse público e imparcialidade dos servidores do INSS	111
4.1.3 Complexidade das questões previdenciárias	120
4.1.4 Necessidade de prestígio da interpretação legislativa feita pela Administração Previdenciária.....	121
4.2 O PROCESSO PREVIDENCIÁRIO	127
4.2.1 Instância administrativa	127
4.2.2 Instância judicial.....	132
4.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	139

CONCLUSÃO	140
REFERÊNCIAS.....	145

INTRODUÇÃO

O advento do Estado Social (“Welfare State”), que pressupõe uma atuação mais ativa do Estado com o intuito de concretizar direitos sociais mínimos em favor do cidadão, acarretou uma alteração do papel da Administração Pública em relação aos administrados: a sua função, outrora marginal ou secundária (conforme a ideologia liberal clássica então vigente), passou a ser de fundamental importância para a sociedade (LEAL, 2006, p. 291). Houve, dessa forma, um “aumento da ingerência da máquina administrativa no cotidiano de cada cidadão”, o que pode ser considerado um acontecimento mundial (BACELLAR FILHO, 1998, p. 71).

A noção de seguridade social tem íntima relação com essa concepção moderna da atividade estatal. De acordo com o artigo 194, “caput”, da Constituição,¹ a seguridade social abrange três campos de atuação estatal que são bastante importantes para o amparo dos indivíduos: a saúde, a previdência e a assistência.

Sobre a previdência social, que se pretende analisar com mais profundidade neste trabalho, o art. 201 Constituição² estabelece a sua estrutura básica. Trata-se

¹ “Art. 194. 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”.

² “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, observado o disposto no § 2º. § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. § 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. § 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei. § 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. § 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência. § 6º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano. § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. § 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. § 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão

de um sistema específico que deve ser organizado através de um regime geral, caracterizado pelo caráter contributivo e pela filiação obrigatória, norteado por critérios que mantenham o seu equilíbrio financeiro e atuarial. A proteção social, regulada através de lei, abrange as seguintes situações: doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego involuntário, formação de família e reclusão.

A expressão “previdência social” é utilizada aqui como sinônimo do regime geral da previdência social (RGPS), cuja obrigatoriedade de filiação atinge a generalidade dos trabalhadores, exceto aqueles compulsoriamente filiados a algum regime previdenciário próprio (servidores públicos titulares de cargos efetivos e militares) (AMADO, 2014, p. 100).³ Trata-se de uma concepção estrita da referida expressão (AMADO, 2014, p. 100-1), a qual será mantida ao longo do trabalho, inclusive quando se fizer menção a expressões e vocábulos relacionados.

As prestações previdenciárias garantidas constitucionalmente usualmente complementam ou substituem a renda destinada à sobrevivência das pessoas, circunstância que torna a matéria bastante relevante e sensível aos operadores do direito. Não são difíceis de imaginar, nesse contexto, as inúmeras controvérsias surgidas com relação à aplicação da legislação previdenciária brasileira,⁴ consubstanciadas nas insurgências dos administrados contra os entendimentos da

financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei. § 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado. § 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. § 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo. § 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social”.

³ Conforme Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2009, “mais da metade da população economicamente ativa do país é vinculada ao Regime Geral da Previdência Social, e não a regimes próprios” (WEBER, 2014, p. 4).

⁴ Notadamente a Lei 8.213/91, que dispõe sobre o plano de benefícios da previdência social. A proteção previdenciária do RGPS, estabelecida na Constituição e concretizada através da legislação ordinária, não é, ao menos em princípio, insuficiente ou inexistente, não sendo esse normalmente o objeto de demandas judiciais (WEBER, 2014, p. 4-5). O seguro-desemprego, apesar de natureza essencialmente previdenciária, não é um benefício do RGPS: “Técnicamente, o seguro-desemprego seria uma espécie de benefício previdenciário, pois, como todo benefício securitário, visa a providenciar o sustento do segurado e de sua família, quando atingidos pelos riscos sociais, como o desemprego (art. 201, III, CRFB/88). Entretanto, esse benefício, atualmente, não tem vinculação previdenciária [RGPS], pois excluído expressamente por lei [art. 9, § 1º, da Lei 8.213/91], sendo atualmente de incumbência do Ministério do Trabalho, o qual disponibiliza o seguro com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, tendo este como principal fonte de receita as contribuições para o PIS/PASEP” (IBRAHIM, 2014, p. 173).

autarquia federal responsável pela concessão e manutenção dos benefícios previdenciários – o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).⁵

No mês de dezembro de 2014, a despesa com benefícios do RGPS foi de R\$ 41,9 bilhões. Nesse mesmo mês, foram concedidos 344.644 benefícios (275.139 urbanos e 69.505 rurais), o que corresponde a um montante de R\$ 378.343.748,00 (BOLETIM..., 2014).

Esses números ilustram a representatividade, em termos econômicos e sociais, da atividade desenvolvida pela administração previdenciária. Daí se extrai a importância de um estudo que procure aumentar a eficiência do Estado nessa área, especificamente quanto à aplicação da legislação e à solução das divergências daí decorrentes.

Registre-se, por oportuno, que a interpretação dada às leis previdenciárias pode influenciar sensivelmente o orçamento, os critérios de alocação de recursos e até mesmo a atividade econômica. Assim, os requisitos utilizados para a concessão, a manutenção, o cálculo e os reajustes das prestações previdenciárias são decisivos para a definição ou revisão das políticas públicas (reforma da previdência social, por exemplo). Esses critérios, a toda evidência, são definidos pelas normas jurídicas e pela jurisprudência que se forma em torno do seu cumprimento.

O ambiente natural de litigiosidade nessa área de ação do Estado é inegável. É oportuna, dessa forma, a discussão acerca da racionalidade do atual sistema de reconhecimento dos direitos previdenciários e de resolução de controvérsias, com uma análise também acerca das atuações administrativa e judicial.

A evolução tecnológica e cultural da humanidade certamente é acompanhada de um aumento crescente da complexidade das relações jurídicas. Na tocante às prestações previdenciárias, essa complexidade é notável, exigindo do Estado (tanto no plano judicial quanto no administrativo) uma especialização e o desenvolvimento de uma tecnologia peculiar. Além disso, como já se disse, a

⁵ “O RGPS é administrado por uma autarquia federal, componente da Administração Indireta federal, denominada Instituto Nacional do Seguro Social, oriundo da fusão do IAPAS com o INPS [...]. A priori, o INSS tem como incumbência precípua a organização da previdência social, ficando de fora a assistência social e a saúde. Entretanto, por questões de ordem prática, ainda que atualmente as ações de previdência e assistência social não mais estejam vinculadas ao mesmo ministério, é comum observar-se o INSS administrando prestações de natureza assistencial, como o *benefício de prestação continuada*, no valor de um salário-mínimo” (IBRAHIM, 2014, p. 174) [grifos do autor].

aplicação da legislação pertinente abre espaço para discussões relevantes, que talvez possam ser solucionadas de maneira mais eficiente.

Vânila Cardoso André de Moraes (2011, p. 43-4), ainda que realizando uma abordagem um pouco distinta, parece ter constatado o problema:

No Brasil, a tutela judicial em Direito Administrativo é precariamente regulamentada, pois não existe uma legislação processual adequada aos litígios judiciais de Direito Público.

Desde a criação da jurisdição administrativa (processo judicial público) após a Revolução Francesa, sempre se estabeleceu uma diferença entre os procedimentos destinados ao controle da legalidade da Administração Pública (controle objetivo francês, controle concentrado das normas no sistema alemão; proteção de interesse legítimo no sistema italiano) e os procedimentos destinados à proteção dos cidadãos mediante lesão a direito subjetivo. Nos primeiros, deveria existir tão somente um julgamento que alcançaria toda a coletividade abrangida pela decisão, enquanto que, na segunda hipótese, as regras do Direito Processual Privado estariam presentes devido à ausência de interesse público.
[...]

As novas necessidades do poder de polícia e dos serviços públicos, em consonância com as inúmeras tarefas atribuídas ao Estado no constitucionalismo social, conduziram a uma grande ampliação dos poderes administrativos. Entretanto, o sistema processual não acompanhou esta evolução.
[...]

Lado outro, o amplo acesso aos Tribunais no Brasil tem acarretado o surgimento de milhares de processos referentes a litígios de massa oriundos dos atos administrativos ou de omissões da Administração. Desta situação decorrem decisões conflitantes em prejuízo à isonomia prevista constitucionalmente, além do sério perigo à estabilidade e ao funcionamento do Estado, com o conseqüente descrédito do Poder Judiciário.
[...]

Em realidade, pode-se afirmar que a maioria das demandas judiciais que questionam a atuação da Administração Pública tem vocação coletiva, já que seus efeitos tendem a transcender o litígio individual. Entretanto, o sistema processual brasileiro, carecedor de normas procedimentais específicas que assegurem soluções uniformes, não tem garantido igualdade de tratamento entre as pessoas que recorrem ao Judiciário. Não é razoável, além de ofender ao Estado de Direito, que a Administração Pública seja compelida na seara judicial a promover tratamentos diferenciados em relação a pessoas nas mesmas condições fáticas.

É pertinente, também, a transcrição do entendimento de Diogo de Figueiredo de Moreira Neto (1977, p. 44-5):

O Estado Contemporâneo, o Estado social, é um Estado hipertrófico. Toda essa crescente atividade suscita, paralelamente, um contencioso cada vez mais volumoso, diversificado e exigente, quando não de difícil exame, diante da matéria de fato de que trata. Em oposição, o contencioso privado e a jurisdição criminal evoluem bem mais lentamente. Praticamente só tendem a dilatar-se em número, o que não é o caso de especialização, mas de desdobramento das cortes de justiça. Daí decorre que o juiz do Contencioso Administrativo tem o dever de especializar-se e atualizar-se

muito mais do que o seu colega do contencioso ordinário. [...] Na verdade, não só a qualidade da matéria jurídica, porém a própria índole do Direito Administrativo difere profundamente dos ramos jurídicos tratados na jurisdição ordinária cível e penal.

[...]

A Administração às vezes não é apenas distanciada do juiz ordinário, não lhe é apenas estranha: pode ocorrer que, inconscientemente, por querer ser honesto e imparcial, ele a faça intimamente uma *adversária*; reagindo contra o poder do Leviatã, o juiz ordinário, curando de exaltar os direitos individuais, acaba pecando por excesso de zelo, entretendo, prejudicando e, inadvertidamente, sacrificando o bem comum por um interesse individual menor, não claramente protegido, mercê de uma interpretação da lei com os olhos do privatista – o generoso liberal do Direito.

Parece, de fato, existir algum ceticismo quanto à técnica e à imparcialidade da Administração Previdenciária.⁶ Isso colabora para a transferência ao domínio judicial de questões previdenciárias que, em princípio, poderiam e deveriam ser resolvidas pelo próprio INSS.⁷

Há um flagrante descompasso entre as soluções administrativas e as soluções judiciais adotadas para as contendas previdenciárias, apesar de a legislação utilizada ser a mesma, tudo com um custo enorme para a sociedade. Esse, em síntese, é o problema que se pretende enfrentar através do trabalho a ser desenvolvido.

O objeto da análise diz respeito às prestações previdenciárias gerenciadas pelo INSS e à aplicação da legislação correspondente, ainda que problemas semelhantes ocorram em outras searas. As referidas prestações têm uma natureza peculiar e fazem parte de um sistema específico de proteção social, com regras

⁶ “Na materialidade da função, necessariamente política, a Administração se subordina aos poderes políticos que serve. Entretanto, o *ens* (ser) da função administrativa se perfeiçoa em uma forma própria, dotada dos seguintes traços definidores de sua essência: permanência (ou continuidade), profissionalidade, tecnicidade, imparcialidade, apartidariedade. Foi para atender à forma (à natureza própria) da função administrativa – premente no Estado (Social) do Direito ideologicamente pluralista –, que o constitucionalismo do século XX elevou a Administração Pública a poder político, com seu campo próprio de autonomia e independência, para melhor realização do interesse público” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 90) [grifo do autor]. O autor (2002, p. 118-21) propõe, inclusive, uma nova divisão dos poderes estatais (hexapartição): Tribunal Constitucional e Chefia de Estado, atuando num nível de consenso acerca de valores fundamentais, acima das ideologias e dos partidos; Parlamento e Governo atuando num campo ideológico e partidário; a Administração e o Judiciário executando e concretizando o direito posto. Bruce Ackerman (2000), fazendo também uma crítica à chamada tripartição de poderes (tratando especialmente da realidade dos Estados Unidos), chama a atenção justamente para uma possível politização da Administração Pública.

⁷ “Às deficiências da autarquia previdenciária no reconhecimento de direitos se soma uma disseminada desconfiança quanto à lisura dos atos administrativos, em parte atribuível à confusão entre Administração e Governo, e a perspectiva do cidadão de obtenção do bem da vida diretamente perante o Poder Judiciário” (WEBER, 2014, p. 8).

próprias. Além disso, o enfoque em uma única entidade facilita a apreciação do modo de atuação da administração previdenciária.

A investigação é voltada para especialmente a organização da justiça previdenciária e o seu modo de funcionamento, mesmo que, para tanto, sejam necessárias incursões em questões processuais (processo civil⁸ e administrativo), bom como em questões ligadas à teoria da justiça, à teoria do direito, ao direito administrativo e ao direito previdenciário. Essas questões serão aprofundadas apenas na medida considerada suficiente para o alcance dos objetivos do presente trabalho.

Justiça previdenciária é compreendida aqui como o conjunto de instituições (administrativas e judiciais) responsáveis precipuamente pela aplicação da legislação previdenciária. Inclui-se nessa concepção o próprio resultado do cumprimento da lei, adotando-se também um sentido de justiça ligado à concretização e à preservação de direitos sociais.

A pesquisa tem a finalidade de propor um modelo de justiça previdenciária que possibilite uma solução célere, técnica, imparcial e uniforme acerca das questões previdenciárias, em comparação com o modelo hoje existente. O que se pretende é encontrar mecanismos que aumentem a eficiência da atuação estatal nessa área específica, com o aprimoramento das relações institucionais entre a Administração Previdenciária e o Poder Judiciário.⁹ Tudo sem olvidar a importância da previdência social para a coletividade.

O trabalho foi organizado fazendo-se, primeiramente, uma exposição mais pormenorizada do problema, abordando-se o direito previdenciário “à luz das categorias da teoria da justiça”,¹⁰ examinando-se a natureza potencialmente coletiva das demandas individuais previdenciárias e a forma como é interpretada a legislação

⁸ As referências diretas ou indiretas ao Código de Processo Civil dizem respeito à legislação atualmente em vigor (Lei 5.689/73). Apesar da sua revogação expressa pela Lei 13.105/15, a vigência da nova codificação somente terá início depois de decorrido o prazo de um ano da sua publicação (ocorrida em 17/03/15). De qualquer forma, apesar da inovação legislativa relevante e iminente, não se vislumbra prejuízo ao argumento a ser desenvolvido neste trabalho.

⁹ A ênfase nas relações entre Administração e Judiciário procura alcançar a gênese das demandas judiciais, motivo pelo qual não se fará uma abordagem voltada especificamente para a racionalização da prestação jurisdicional. O incidente de resolução de demandas repetitivas, por exemplo, é um instituto que trata da citada racionalização, criado pelo novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15). Embora seja inegável o valor desse instituto, ele pressupõe a existência de conflitos já submetidos à tutela jurisdicional, não sendo um instrumento destinado propriamente à origem desses conflitos e à sua relação com a atividade administrativa.

¹⁰ A expressão é de Luís Fernando Barzotto (2010, p. 111), ao expor a ideia de se “pensar o direito a partir da justiça”.

específica. Depois, cuidou-se de analisar os sistemas de controle jurisdicional da administração e o sistema brasileiro, destacando-se também a importância do processo administrativo. Foi descrito, então, o modelo de justiça previdenciária atualmente existente, atentando-se para os aspectos estruturais e processuais mais relevantes e suscetíveis de aprimoramento. Por fim, procurou-se apresentar uma proposta de reformulação desse modelo, considerando-se as premissas antes adotadas.

Preende-se, assim, colaborar de maneira relevante com o conhecimento já desenvolvido sobre o tema objeto de estudo.

1 JUSTIÇA E PREVIDÊNCIA SOCIAL

1.1 NOÇÕES BÁSICAS DE JUSTIÇA

O Direito designa o “seu” do titular de uma relação de justiça (HERVADA, 2008, p. 142). A justiça, por sua vez, tem por essência dar a outrem o que lhe é devido, observando uma igualdade, que pode ser simples ou proporcional.¹¹ Assim, os elementos da justiça compreendem a alteridade (pluralidade de pessoas), o devido e a igualdade (FINNIS, 2006, p. 161-3; MONTORO, 2008, p. 166).

Da ideia de igualdade podem ser extraídos os outros dois elementos citados, pois a igualdade pressupõe a comparação ente dois termos, e o que é devido decorre da adequação ou do ajuste necessário à equalização (MONTORO, 2008, p. 170).¹²

Aristóteles, analisando os sentidos do vocábulo “justo” (*dikaion*), na linguagem corrente de sua época, identificou duas acepções: o justo correspondente ao que é legal, conforme a lei política, e o justo relacionado com o igual, equitativo. O que é devido a outrem, dessa forma, pode ser estabelecido pela lei ou pela igualdade, consagrando-se a ideia de justiça geral e justiça particular, respectivamente (CASTILHO, 2009, p. 15).¹³

A justiça particular, de sua parte, divide-se em dois tipos: (i) aquela que diz respeito à distribuição de honras, dinheiro e outras coisas entre os membros da comunidade política, e (ii) aquela destinada à correção das relações privadas (voluntárias ou involuntárias) (ARISTÓTELES, 1893, p. 144).

A tradição aristotélica deu origem ao entendimento de que a justiça geral (ou justiça legal) orienta o homem para o bem comum, uma vez que a lei deve cumprir esse objetivo. Trata-se de uma relação do homem com a sua comunidade, ou seja,

¹¹ A definição dada por André Franco Montoro foi extraída da obra de Tomás de Aquino (2012, p. 272) e diz respeito ao sentido estrito de justiça. Em sentido amplo, a justiça pode ser tida como a virtude em geral ou o conjunto de todas as virtudes e, numa acepção menos ampla, como o conjunto das virtudes sociais, as quais regulam a convivência entre os homens (MONTORO, 2008, p. 165).

¹² “Entre as demais virtudes, é próprio à justiça ordenar o homem no que diz respeito a outrem. Implica, com efeito, uma certa igualdade, como seu próprio nome indica, pois se diz comumente: o que se iguala se *ajusta*. Ora, a igualdade supõe relação a outrem” (AQUINO, 2012, p. 46) [grifo do autor].

¹³ De acordo com Aristóteles (1893, p. 142-3), o que é desigual ou não equitativo (“unfair”) é contrário à lei, mas nem tudo que é contrário à lei é necessariamente desigual ou não equitativo, de modo que se verifica uma relação parte-todo nos dois sentidos de justiça. A lei nos direciona para a virtude completa.

de uma relação da pessoa com todas as outras da comunidade (AQUINO, 2012, 63-4). A justiça particular, por outro lado, orienta-se a uma pessoa privada, que é uma parte da comunidade. A relação de uma pessoa com outra é regulada pela justiça particular comutativa, enquanto a relação da comunidade com os seus membros é dirigida pela justiça particular distributiva (AQUINO, 2012, p. 97-8).

Assim, a justiça legal ordena o homem imediatamente para o bem comum, o fazendo apenas de maneira meditada no que se refere ao bem individual. A justiça particular refere-se ao bem de cada um, de modo imediato (AQUINO, 2012, p. 67-8). Ainda assim, não está alheia ao bem comum, como o ato de pagar uma dívida, que indiretamente também beneficia a todos (reforçando o sistema de crédito da comunidade), além do credor (BARZOTTO, 2010, p. 85).

Aparentemente, a justiça legal não seria caracterizada pela igualdade (como ocorre na justiça particular), mas esse elemento se encontra presente no dever de todos de contribuir – notadamente de modo proporcional (à medida das possibilidades) – para o bem comum (MONTORO, 2008, p. 269-70). A igualdade também estaria presente na ideia de bem comum da comunidade, que exclui o favorecimento de apenas alguns de seus membros sem consideração com o bem-estar de outros (FININIS, 2006, p. 164). As pessoas, portanto, são idênticas quanto aos seus direitos e obrigações (CASTILHO, 2009, p. 25).

No caso da justiça particular comutativa, a igualdade é real ou absoluta. Busca-se estabelecer uma equivalência entre coisas de modo simples (como ocorre nas trocas ou indenizações, por exemplo), independentemente da condição das pessoas (MONTORO, 2008, p. 199).¹⁴

¹⁴ “Por se tratar de uma igualdade ou equivalência entre coisas, essa igualdade se mede por parâmetros até certo ponto objetivos, mas não se deve pensar que é possível estabelecer matematicamente o valor das coisas em si. A fórmula matemática não existe. Há, em compensação, certas igualdades naturais, enquanto outras são convencionais dentro de certos limites objetivos. A igualdade de identidade, por exemplo, não sugere nenhum problema: a objetividade é determinada naturalmente pela identidade. Ocorre de modo semelhante quando se trata de devolver uma coisa homogênea à coisa que foi entregue; também nesse caso a medida é determinada naturalmente: se foi emprestado um quilo de sal, por exemplo, o equivalente consiste em devolver um quilo de sal de igual qualidade. O problema fundamental consiste na permuta de coisas heterogêneas, especialmente a troca de bens por dinheiro. Como se fixa a equivalência? Por não haver critérios naturais, os critérios são necessariamente convencionais: a estimativa subjetiva e o acordo são os que ajustam as coisas, e nisso consiste a medida positiva do direito. No entanto, também nesse caso ocorre uma certa objetividade por um ou vários critérios [...]. Tratando-se como se trata de critérios que se fundamentam, em último caso, na estimativa subjetiva e na convenção, os critérios objetivos assinalados são sempre relativos e sujeitos às circunstâncias históricas”. (HERVADA, 2008, p. 149-50).

O que é devido, na justiça comutativa, apresenta-se de dois modos: (i) o respeito à dignidade do próximo (respeito à dignidade moral, à integridade física, ao trabalho, às obras materiais e imateriais realizadas e aos bens adquiridos legitimamente); (ii) o cumprimento de obrigações positivas (contratuais, extracontratuais, legais ou naturais) (MONTORO, 2008, p. 191-5).

No que tange à justiça particular distributiva, a igualdade é proporcional, ou seja, há uma repartição proporcional dos bens, funções, serviços e encargos (passagem do comum ao particular) conforme a medida do direito de cada destinatário. Assim, por exemplo, os bens da família destinam-se a suprir a necessidade de seus membros, cabendo aos pais alimentar os filhos. Nem todos os filhos, contudo, necessitam do mesmo alimento, sendo proporcionalmente justa a alimentação diferenciada de um bebê em comparação à alimentação de um adolescente (HERVADA, 2008, p. 150-1).

A proporcionalidade é estabelecida segundo diferentes critérios, determinados basicamente conforme a relação dos destinatários com a finalidade da partilha.¹⁵ Assim, pode ser critério de partilha a condição do destinatário do bem ou encargo, a função exercida, a capacidade, a contribuição à sociedade ou a necessidade (HERVADA, 2008, p. 152-4).

Na justiça distributiva, as exigências ou deveres podem ser estabelecidos da seguinte forma: (i) respeito aos direitos fundamentais de todos; (ii) garantia de respeito a esses direitos; (iii) distribuição sem exclusões, considerada a igualdade proporcional, dispensando-se proteção especial aos mais fracos e desprotegidos; (iv) distribuição aos atuais membros da comunidade, mas que leva em conta as próximas gerações (MONTORO, 2008, p. 228-9).

¹⁵ Aristóteles (1893, p. 145-6) falava em distribuição de acordo com o mérito ou algum tipo de valor, variável conforme o padrão de valor adotado na comunidade política. Isso se explica porque o pensamento de Aristóteles foi gerado no âmbito de uma sociedade hierárquica pré-moderna, com a justiça distributiva regulando a vida social, concentrando-se privilégios políticos, sociais e econômicos exclusivamente na classe dominante (CASTILHO, 2009, p. 22-3). Explicação análoga é dada por Luís Fernando Barzotto (2010, p. 85). Da obra de Tomás de Aquino (2012, p. 99) se extrai: “[...] em justiça distributiva, se dá a alguém tanto mais dos bens comuns, quanto maior for a sua preeminência na comunidade. Em uma comunidade aristocrática, essa preeminência se considera tendo em conta a virtude; na oligárquica, se olha a riqueza; na democrática se mira a liberdade. Em outras comunidades, se visam outros critérios”. Os critérios de distribuição, pelo que se pode observar, variam conforme as condições históricas existentes (MONTORO, 2008, p. 233). Samuel Fleischacker (2006, p. 4-5), a propósito, sustenta que há um sentido moderno de justiça distributiva, substancialmente diferente daquele concebido pela tradição aristotélica, especialmente porque Aristóteles não tratou da distribuição de recursos escassos e não considerou a necessidade das pessoas como um critério de reivindicação da propriedade.

A partir do século XIX, o conceito de justiça legal é revisto pelos autores tomistas, haja vista a noção de sociedade igualitária que havia surgido, em contraposição às sociedades hierárquicas pré-modernas. Numa sociedade democrática todos têm a mesma dignidade enquanto seres humanos, de modo que se verifica uma igualdade absoluta nessa questão, em contraposição à igualdade proporcional típica da justiça distributiva. Dessa forma, o princípio ordenador da vida em sociedade deixa de ser a justiça distributiva, sendo mais apropriado pensar-se em justiça legal, fundada numa legalidade que afirma a igualdade de todos (BARZOTTO, 2010, p. 85-6).

A justiça legal torna-se justiça social, destacando-se os sujeitos do bem comum (os membros da sociedade), ao invés meio utilizado para se alcançar esse bem (a lei) (BARZOTTO, 2010, p. 86). O conceito de justiça social tem dupla face: todos os cidadãos devem participar do bem comum, sendo destinatários dos bens indispensáveis para a existência plena (aspecto passivo), ao mesmo tempo em que todos os cidadãos devem colaborar para a consecução desse objetivo, observando os deveres estabelecidos nas leis (CASTILHO, 2009, p. 37).¹⁶

1.2 PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Pode-se dizer que a proteção garantida pelo Estado, ao menos em larga escala, teve sua gênese na Alemanha, em 1883, governada pelo Chanceler Otto von

¹⁶ A questão é controversa. Samuel Fleischacker (2006, p. 3), por exemplo, equipara a justiça distributiva à justiça social, o mesmo fazendo Fábio Zambite Ibrahim (2011, p. 29), o qual chama a atenção, inclusive, para a fungibilidade dos conceitos existente em publicação da Organização das Nações Unidas (“Social Justice in an Open World – The Role of the United Nations”). Com efeito, na referida publicação (2006, p. 13-4) consta que, no contexto contemporâneo, justiça social equivale à justiça distributiva. Essa equivalência, aparentemente, tem relação com o sentido moderno de justiça distributiva sustentado por Fleischacker (2006, p. 9): “Acima de tudo, o princípio antigo estava relacionado à distribuição de acordo com o mérito, ao passo que o princípio moderno requer uma distribuição *independentemente* de mérito. Na concepção moderna, supõe-se que *todos* mereçam determinados bens independentemente de mérito; não se supõe que considerações de mérito entrem em cena até que determinados recursos básicos (habitação, assistência à saúde, educação) tenham sido distribuídos a todos. Podemos estar certos que não era isso que Aristóteles tinha em mente quando escreveu sobre a distribuição do *status* político de acordo com o *status* moral ou social” [grifos do autor]. Assim, a justiça legal compreenderia os deveres da parte com o todo, mas não a partilha dos bens comuns indispensáveis para a existência plena (deveres do todo com cada uma das partes, sem exclusão). Essa partilha estaria englobada pelo conceito de justiça distributiva, sendo o critério de distribuição a simples condição de membro da comunidade, havendo igualdade na parte correspondente a cada membro (HERVADA, 2008, p. 153). Nessa hipótese, portanto, a igualdade proporcional restaria prejudicada em função critério de distribuição utilizado, mas permaneceria presente, ainda assim, a ideia de justiça distributiva. A controvérsia aqui descrita, de todo modo, não afeta o argumento a ser desenvolvido neste trabalho.

Bismarck.¹⁷ Tratava-se de medida destinada a contornar a insatisfação dos trabalhadores com as precárias condições de trabalho na época da Revolução Industrial, assim como conter os movimentos socialistas. Após a aprovação pelo Parlamento alemão do seguro de doença, foi instituído o seguro de acidentes de trabalho (1884) e o seguro de invalidez e velhice (1889) (IBRAHIM, 2011, p. 72).

Esse modelo caracterizava-se pela contributividade, notadamente de empregadores e empregados, e pela filiação obrigatória, sendo esta um requisito prévio para o recebimento de benefícios. Até então, preponderavam os sistemas securitários de natureza privada, com ingresso voluntário e sem garantia estatal (IBRAHIM, 2011, p. 73).

Posteriormente, foi elaborado na Inglaterra o famoso Relatório Beveridge (1942), que dá origem ao plano com o mesmo nome, o qual teve o objetivo de ampliar substancialmente a rede de proteção estatal – atendimento a toda sociedade contra os variados tipos de infortúnio, desde o nascimento até a morte. Assim, todas as pessoas participam do sistema protetivo, sem requisitos diferenciados, com garantia aos necessitados de um mínimo para a sua manutenção. O sistema é custeado pelo Estado, pelas empresas e pelos trabalhadores (IBRAHIM, 2011, p. 74-6).

Comparando-se os dois modelos, verifica-se que no sistema bismarckiano a proteção não era universal (ficava usualmente limitada aos trabalhadores), tinha rigoroso financiamento mediante contribuição dos interessados diretos (trabalhadores e empresas) e era restrito a algumas necessidades sociais. Funcionava como um seguro *sui generis*, equilibrado financeira e atuarialmente, de natureza contributiva, coletiva e obrigatória, sendo os riscos repartidos entre os segurados (solidariedade forçada) e as prestações relacionadas à cotização (IBRAHIM, 2011, p. 78).

O sistema beveridgiano, por sua vez, valoriza mais a solidariedade, procura atender a todos em suas necessidades sociais, é custeado também por impostos arrecadados da sociedade, sem necessária vinculação com a real remuneração do

¹⁷ “A idéia de um seguro contra a depreciação permanente do capital humano é anterior ao modelo alemão e remete às sociedades de assistência mútua organizadas por guildas na própria Alemanha, antes de Bismarck. Também na França napoleônica bancos forneciam seguro contra invalidez subsidiado pelo Estado. O que distinguia o caso alemão pós-Bismarck de mecanismos de proteção predecessores era sua natureza compulsória e contributiva, estruturada sob a forma de sistema gerenciado e suportado pelo Estado” (TAFNER; GIAMBIAGI, 2007, p. 14, n. 12).

trabalhador. Há, aqui, um enfraquecimento da questão atuarial do sistema protetivo (IBRAHIM, 2011, p. 78-9).

A tendência mundial atual é a adoção de um sistema bismarckiano temperado, com ampla cobertura, mas respeito ao equilíbrio financeiro e atuarial.¹⁸ No Brasil, a proteção previdenciária segue preponderantemente o modelo bismarckiano (IBRAHIM, 2011, p. 79-81).

Com efeito, o art. 201 da Constituição contempla o aspecto contributivo, a filiação obrigatória, o equilíbrio financeiro e atuarial, assim como a relação das contribuições com o cálculo dos benefícios e com os requisitos para a sua concessão. A previdência social brasileira, de natureza securitária, assegura aos beneficiários meios de manutenção em razão de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares, e aos dependentes meios de manutenção por motivo de prisão ou morte.¹⁹

Cumprido destacar que a Constituição estabelece uma proteção social mais abrangente, através do sistema de seguridade social previsto no artigo 194, que inclui não apenas a previdência, mas também a proteção à saúde de todos e a assistência aos necessitados.

Há quem entenda que a previdência social tem por finalidade distribuir renda e garantir renda mínima a todos.²⁰ Entretanto, ainda que isso ocorra em alguma medida, assim como a redução da pobreza, não parece ser essa a finalidade

¹⁸ “Ao fundar um sistema de seguro social sob controle, gerenciamento e operação do Estado e estruturado com base em contribuições de trabalhadores e de seus patrões, o Estado moderno trouxe para si o risco implícito associado a esse sistema. Entenda-se risco implícito aquele associado ao desequilíbrio entre o montante esperado de contribuições e o montante esperado de pagamentos (benefícios). Esses riscos decorrem de alteração das variáveis que em geral não estão sob controle dos sistemas de previdência e muitas vezes não estão sequer sob controle direto do Estado. A mais evidente dessas variáveis é a mudança da estrutura demográfica, mas existem outras, como as condições macroeconômicas e, em especial, aquelas ligadas ao mercado de trabalho. O primeiro tipo de desequilíbrio – o demográfico – tem sido, em geral, a mola propulsora das reformas dos países desenvolvidos, mas não apenas deles” (TAFNER; GIAMBIAGI, 2007, p. 15).

¹⁹ Art. 1º da Lei 8.213/91: “Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”. Como já foi referido, o seguro-desemprego, atualmente não está vinculado ao RGPS.

²⁰ Esse aparentemente é o entendimento de Barzotto (2010, p. 89), ao sustentar a impropriedade de se abordar a questão previdenciária sob a ótica da justiça distributiva, em detrimento da justiça social, que preconiza a igualdade absoluta a todos. Entretanto, esse pensamento, ainda que vislumbre uma situação ideal, não se coaduna com as regras do sistema previdenciário brasileiro, o qual, aliás, faz parte de um conjunto mais abrangente de outras medidas de proteção (seguridade social) que talvez permitam uma aproximação com a ideia de previdência social sugerida pelo autor. Além disso, há que se considerar que, numa visão de justiça distributiva mais ampliada, há possibilidade de se garantir a mesmo quinhão a todos, desde que o critério de distribuição seja o mero pertencimento à comunidade.

principal do sistema, haja vista o seu caráter contributivo e a existência também de um sistema paralelo e complementar – ao menos no caso brasileiro – de assistência social (sem contribuições e exigência de filiação prévia) (TAFNER, 2007 p. 36-7).

Se fosse essa a finalidade, ela não estaria sendo atingida adequadamente, como esclarece Paulo Tafner (2007 p. 40):

O argumento de que a previdência, entendida como mecanismo de transferência de renda, tem falhado no atendimento aos mais pobres é compartilhado por diversos autores. A crítica, nesse caso, é que os programas sociais deveriam se concentrar no atendimento prioritário dos mais pobres entre os pobres. Mas seria a previdência o instrumento adequado para isso? Certamente não. Isso porque o fundamento da previdência no Brasil, assim como em diversos outros países, é a idéia de um seguro – é verdade que um seguro social, mas, ainda assim, um seguro. E, como tal, o valor do benefício deve preservar correspondência com a contribuição [...].

Uma terceira e, segundo nosso entendimento, mais correta forma de abordagem considera a previdência como um seguro social, com a finalidade de repor a renda – parcial ou total – do indivíduo (ou do grupo familiar) quando diante de perda de capacidade laboral causada por doença, morte, invalidez, desde que seja membro participante do programa de previdência. A partir desse conceito de seguro, deve existir, em primeiro lugar, uma relação de pertencimento, ou seja, só estarão protegidos aqueles que estiverem vinculados ao sistema e, em segundo lugar, uma relação – imperfeita, porém positiva – entre os valores das contribuições dos indivíduos ao longo de sua vida laboral e os benefícios que eles (ou seus dependentes) irão receber. Nessa perspectiva, por ser um seguro, o princípio fundamental é a reposição dos depósitos realizados, ou de igualdade de valores presentes entre contribuições e benefícios. Por ser, entretanto, um seguro social, é que algum grau de redistribuição é inexorável e admissível.

O autor citado (2007, p. 41) esclarece que essa redistribuição não é estabelecida pela renda, mas pela ocorrência de sinistros. Segundo ele, num sistema equilibrado atuarialmente, os riscos previsíveis²¹ geram benefícios cujo valor equivale aos recursos aportados ao plano, não havendo, em princípio, transferência líquida desses recursos. Nos riscos imprevisíveis (invalidez e morte, por exemplo) não se verifica essa correspondência com os recursos, podendo ocorrer então uma redistribuição interna, a qual não tem relação com a renda. Tanto isso é verdade que o segurado mais rico, ao sofrer um acidente e fazer jus a um benefício, tende a

²¹ “Naturalmente, o seguro social apresenta algumas especificidades, como a cotização forçada e a existência de riscos previsíveis (e. g. idade avançada) dentre as necessidades sociais cobertas” (IBRAHIM, 2011, p. 78).

receber recursos aportados pelos segurados mais pobres, gerando uma redistribuição negativa (transferência de renda para os mais ricos).²²

No sistema previdenciário brasileiro há critérios específicos para a distribuição de benefícios e serviços (custeados com recursos comuns e escassos),²³ os quais podem ser assim elencados: a condição (segurado ou dependente de segurado); a necessidade (decorrente das situações de risco que são objeto de proteção); e a contribuição (tempo de contribuição, número de contribuições mínimas para fazer jus a um benefício, cálculo dos benefícios relacionado com o valor das contribuições).²⁴

A justiça distributiva, portanto, é o princípio orientador das relações previdenciárias (MONTORO, 2008, p. 216) – aqui entendidas como as relações que dizem respeito ao bem dos beneficiários do sistema individualmente considerados.

1.3 PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, LEGALIDADE, E CONFLITOS COLETIVOS

José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 119-39) chama a atenção para a existência de conflitos coletivos que normalmente resultam em controvérsias judiciais, apesar de a solução judicial típica (ato de adjudicação num processo que resolve um caso específico) não ser a mais adequada para tanto. Segundo o autor, os conflitos coletivos podem ser divididos em duas categorias: aqueles que exigem políticas públicas (e aqui também é cabível incluir os conflitos que questionam ou pretendem alterar tais políticas) e aqueles que – embora aparentemente individuais – têm reflexos coletivos. Nesse caso, trata-se de demandas individuais semelhantes que apontam para uma classe específica de demandantes discutindo o mesmo direito, o que leva à dúvida sobre a eficiência de um processo individualizado.

Ainda conforme o citado jurista, esses conflitos plurilaterais dizem respeito à justiça distributiva, estando esgotado o modelo liberal de justiça anterior à segunda metade do século XX, através do qual se entendia que a simples existência de

²² O estabelecimento de tetos para as contribuições e para os benefícios ajuda a reduzir a redistribuição negativa (TAFNER, 2007, p. 42).

²³ A distribuição de encargos, que diz respeito ao aspecto tributário, não é aqui analisada.

²⁴ A vinculação, ainda que relativa, com as contribuições realizadas para o sistema, tende a estimular o pagamento dessas contribuições, além de possibilitar – em alguma medida – um valor de benefício próximo dos rendimentos da ativa. Por outro lado, acarreta a exclusão daqueles que não contribuem, especialmente os trabalhadores informais ou fora do mercado de trabalho (IBRAHIM, 2011, p. 108).

regras de justiça comutativa (cada um atuando conforme seu próprio interesse) levaria – de modo automático – a uma conformação social compatível com a justiça distributiva. O Poder Judiciário desse modelo liberal se coaduna com a solução de litígios individualizados.

De acordo com a visão liberal moderna, a liberdade do indivíduo é anterior ao Estado e a associação política é constituída de modo artificial, através de um contrato. O indivíduo teria, então, direitos naturais contra a comunidade (chamados de direitos civis e políticos), os quais deveriam ser assegurados pelo Estado (ATRIA, 2005, p. 10).²⁵

Como se pode observar, a comunidade política, na perspectiva liberal, é uma ameaça à liberdade do cidadão. Corolário desse entendimento é a dificuldade de se identificar um bem comum para o qual se dirige essa associação política (salvo a finalidade de proteção dos seus integrantes). Cada indivíduo busca a felicidade a seu modo, bastando que sejam garantidas a ele as condições para tanto (STRAUSS, 2006, p. 53).

Os direitos civis e políticos (também chamados de direitos de primeira geração) podem ser considerados unilaterais, uma vez que dizem respeito ao indivíduo isolado da comunidade. A definição desses direitos ocorre naturalmente, independentemente dessa comunidade. Além disso, a determinação de quem tem o direito acaba determinando também quem tem o dever (ATRIA, 2005, p. 12-3), haja vista a necessidade de respeito recíproco às liberdades.

Com relação aos direitos sociais (ou direitos de segunda geração), contudo, essa lógica não se sustenta. Nesse caso, os membros da comunidade não podem mais atuar levando em conta apenas o seu interesse próprio, devendo considerar também a ideia de solidariedade. O conteúdo de um direito social, por si só, não é suficiente para determinar quem é o devedor desse direito, haja vista justamente a necessidade de bem estar de todos os membros da comunidade (ATRIA, 2005, p. 12-3).

A crescente judicialização da política, com a ampliação dos textos constitucionais, abranda a tradição liberal de se considerar a justiça comutativa

²⁵ Segundo Martin Rhonheimer (1997, p. 116), Thomas Hobbes teria sido o primeiro a utilizar, na história da filosofia política, o conceito de direito como direito subjetivo. Direito não seria um ordenamento racional que exprime as relações de justiça existentes entre as pessoas, ou uma ordem derivada de uma regra objetivamente considerada. Direito corresponderia à liberdade do homem de utilizar os próprios poderes para a sua conservação.

(aplicação de regras já existentes) uma questão de direito e a justiça distributiva (criação de regras) uma questão de política.²⁶ Ainda que se visualize uma demanda individual contra o Estado, muitas vezes o que está por trás desse litígio é algo que se refere a toda sociedade, que diz respeito ao bem comum (e não ao interesse do Estado), e seria compreendido mais adequadamente com uma referência plurilateral. Apesar disso, a discussão judicial ainda é feita considerando-se o confronto de vontades e interesses individualizados (LOPES, 2006, p. 119-39).

A consequência disso é a utilização do direito como meio da ação política, e não como resultado dessa ação. Os tribunais passam a decidir questões que outrora eram decididas pelos parlamentos (ATRIA, 2005, p. 26). Entretanto, não há como se garantir satisfatoriamente, de maneira individualizada, a proteção social, o que pode pôr em risco ou enfraquecer todo o sistema de direitos fundamentais (ATRIA, 2005, p. 36).

Embora com enfoque diferente, Luís Fernando Barzotto (2010, p. 69-70) também parece constatar o problema:

A interpretação do direito à saúde como poder subjetivo é extremamente popular em alguns países como o Brasil. Dizer que alguém tem direito à saúde é dizer que ele dispõe de uma ação para coagir o Estado a lhe fornecer tratamento ou remédio, ou seja, é garantir ao indivíduo um poder de disponibilidade sobre uma parcela do orçamento à saúde. O impacto que isso terá sobre a coletividade ou sobre o direito à saúde de outros membros da comunidade é indiferente desse ponto de vista. O direito subjetivo é um poder dado a um indivíduo autointeressado para realizar o seu bem. Ele é um átomo social cuja realização independente do bem dos outros membros da sociedade e usará seu direito para tomar à força o que os outros indivíduos autointeressados recusam a fornecer-lhe de bom grado. O direito à saúde é um direito de propriedade ou um poder subjetivo sobre uma parcela do orçamento da saúde.

Ao contrário, conceber o direito subjetivo à saúde como justo subjetivo é concebê-lo como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de *igualdade* com os demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao *bem comum*, não podendo alcançá-lo se destruir este último. Assim, não se trata de saber se algo é adequado ao indivíduo X receber 10 milhões porque sua doença exige essa quantia para um tratamento eficaz. A *saúde* de X é uma *qualidade individual* sua, a ser determinada por um médico. O *direito à saúde* não é uma qualidade individual, mas uma *relação de justiça* que X mantém com os outros membros da comunidade. A saúde, considerada em si mesma, é algo naturalmente adequado ao ser humano, uma qualidade necessária à sua autorrealização. Mas, na sua manifestação histórica, como um direito, ela deve ser considerada nas suas consequências, isto é, como algo devido no

²⁶ A questão é aprofundada por José Reinaldo Lima Lopes (2004, p. 197-275) em obra distinta da referida no texto.

interior de uma comunidade, o que relativiza um bem que em si mesmo, é absoluto. [grifos do autor].²⁷

No caso das prestações previdenciárias, a relação de igualdade exigida pela justiça distributiva pode ficar sensivelmente prejudicada com eventuais divergências na aplicação da legislação pertinente. Cumpre destacar que é a lei em sentido formal (conforme estabelece o próprio art. 201 da Constituição), complementada por

²⁷ Retrata a celeuma em torno do direito à saúde no Brasil – sob a ótica de uma relação de justiça – o precedente a seguir especificado, que diz respeito à devolução de valores públicos utilizados, por força de ordem judicial, para custeio de tratamento tido posteriormente como ineficaz ou indevido: “ADMINISTRATIVO E CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ORDINÁRIA - COBRANÇA DE VALORES PÚBLICOS - LIMINAR QUE AUTORIZOU PAGAMENTO DE TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR - REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE - EFEITOS SOBRE SITUAÇÕES CONSOLIDADAS - SÚMULA 405/STF - PRESTÍGIO ÀS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS - BOA-FÉ OBJETIVA. 1. O CASO DA RETINOSE PIGMENTAR. A determinação judicial de custeio pelo SUS dos tratamentos de retinose pigmentar no exterior, especialmente na República de Cuba, gozou de franco prestígio no STJ até o julgamento, em 7.6.2004, do MS 8.895/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção. No período anterior, houve diversas liminares em favor de pacientes portadores dessa patologia oftálmica, algumas das quais confirmadas por sentenças; outras, porém, como é o caso dos autos, revogadas. 2. A SITUAÇÃO DOS AUTOS. A agravada se viu envolvida nas ondas jurisprudenciais, que modificaram o entendimento da Corte sobre o problema. Na situação, porém, havia uma particularidade. A liminar de 27.4.2001 havia-lhe deferido o pedido de custeio do tratamento pelo SUS, pelo que ela viajou e gastou R\$ 25.443,43. A sentença, quando ainda vigorava a posição do STJ em favor do recurso à terapia no estrangeiro, revogou a liminar e denegou a segurança. Em 2004, quando da mudança de orientação no STJ, a União promoveu ação de cobrança contra a agravada, a qual foi repudiada nas instâncias ordinárias sob o color do respeito ao fato consumado e à irreversibilidade do provimento. 3. A SÚMULA 405/STF. É certo que existe o enunciado do Pretório Excelso que dá eficácia retroativa à revogação superveniente de liminar em mandado de segurança. A despeito da Súmula 405/STF, é de se admitir excepcionalmente o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados do fato consumado ou da boa-fé objetiva no recebimento de valores pagos em caráter alimentar. Essa postura tem prosperado no próprio STF, quando analisa a devolução de vantagens remuneratórias recebidas de boa-fé por servidores públicos e, posteriormente, declaradas inconstitucionais. 4. PRIMAZIA DO PLANO DOS FATOS. É evidente que a nulidade póstera, seguindo-se os esquemas tradicionais do Direito Civil, implica a ineficácia dos atos erigidos sob o império da invalidez. Os romanos referiam-se a essa tensão entre o nulo e a eficácia sob a velha parêmia *quod nullum est, nullum effectum producit* (o que é nulo, efeito algum produz). Todavia, esse conceito há sido mitigado, quando a situação de fato sobrepõe-se à realidade jurídica. Desconsidera-se o primado de que se deve fazer Justiça ainda que pereça o mundo (*fiat iustitia pereat mundi*). É uma consequência da tragédia humana, que se mostra pela falibilidade de seus atos e suas instituições. Diz-se, na doutrina moderna, que há efeitos residuais no nulo. 5. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E CARÁTER PARTICULAR DESTA DECISÃO. O Direito contemporâneo leva em conta as expectativas legítimas das partes e da boa-fé objetiva. É óbvio que a solução aqui exposta não pode ser aplicada a todos os casos. Há de ser vista *modus in rebus*, com ponderação e prudência, sem qualquer vocação a se projetar como um precedente aspirante à universalidade. Veda-se a cobrança dos valores recebidos de boa-fé pela recorrida neste caso e presentes as circunstâncias dos autos. O sacrifício ora realizado em detrimento da segurança jurídica, mas em favor da Justiça, é tópico e excepcional. 6. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA, PRETENSÃO À PROTEÇÃO E MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Prestigia-se o primado da confiança, assente no § 242, Código Civil alemão, e constante do ordenamento jurídico brasileiro como cláusula geral que ultrapassa os limites do Código Civil (arts.113, 187 c/c art.422) e que influencia na interpretação do Direito Público, a ele chegando como subprincípio derivado da moralidade administrativa. Ao caso aplica-se o que a doutrina alemã consagrou como “pretensão à proteção” (*Schutzanspruch*) que serve de fundamento à manutenção do acórdão recorrido. Recurso especial improvido, prejudicado o agravo regimental.” (STJ, REsp 944.325/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/11/2008).

regulamentos do Poder Executivo, que disciplina a distribuição dos recursos previdenciários através de benefícios e serviços.²⁸

Interpretações mais flexíveis das regras previdenciárias, adotadas no âmbito de um processo judicial individual, podem ser consideradas abusivas em outro processo semelhante (MARQUES, 2012, p. 295). Isso sem falar na eventual dissonância com o entendimento administrativo, sendo inegável a repercussão na distribuição dos bens comuns entre os segurados e seus dependentes.

O desprestígio da lei acaba acarretando uma disputa por vantagens na distribuição de recursos (CARRASCO, 2012, p. 60; LOPES, 2006, p. 94), afetando sobremaneira o espírito solidário e comunitário que deve nortear o exercício dos direitos sociais. De todo modo, o caráter social do direito previdenciário tem autorizado uma atuação judicial mais favorável ao indivíduo que pleiteia um benefício (algumas vezes com fundamento genérico na dignidade da pessoa humana),²⁹ em detrimento da coletividade de segurados que, em princípio, estaria em situação análoga (PIERDONÁ, 2012, p. 346).

Alguns exemplos retratam o que ora se afirma.

1.3.1 Fator previdenciário e desaposeção

O fator previdenciário foi instituído pela Lei 9.876/99, e representa uma alteração no cálculo dos benefícios, especialmente as aposentadorias por tempo de contribuição. Trata-se de uma fórmula que leva em conta o tempo de contribuição, a expectativa de sobrevida e a idade do pretendente à aposentadoria, resultando num multiplicador que modifica o valor do benefício considerando essas variáveis. Quanto maior o tempo de contribuição e a idade, mais alto é o valor da aposentadoria.

Como se pode observar, o fator previdenciário constitui um desestímulo à aposentadoria precoce, pois reduz o valor do benefício para aqueles que o postulam

²⁸ “É importante deixar claro desde já que no Brasil, do ponto de vista legal, os princípios da seguridade social não são imediatamente aplicáveis ou, melhor dizendo, não são capazes de produzir efeitos imediatos. Para que seus princípios e objetivos ganhem funcionalidade, é necessário que o legislador crie institutos legais que implementem as ações de seguridade social. Mas muito freqüentemente, não basta apenas a ação do legislador. Em muitos casos, é necessário também que regras operacionais sejam implementadas pelo Executivo de modo a tornar efetivos certos direitos, definindo a forma, o prazo, os requisitos e os formulários de acesso aos benefícios” (TAFNER, 2007, p. 30).

²⁹ De acordo com José Reinaldo Lima Lopes (2006, p. 237), a invocação da dignidade da pessoa humana constitui um lugar-comum, espécie de “abracadabra jurídico”.

antes dos 60 anos (IBRAHIM, 2011, p. 230). Essa opção política se justifica pela melhora da expectativa de vida da população, que, por isso mesmo, tende a receber aposentadoria por mais tempo, o que exige ajustes para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. O Brasil, aliás, é um dos poucos países do mundo que não adota uma idade mínima como requisito para a obtenção da aposentadoria (ALENCAR, 2007, p. 248-9).

Além disso, não existiria risco social a ser protegido no caso das aposentadorias precoces. Com efeito, não seria um benefício destinado a quem é efetivamente idoso (AMADO, 2014, p. 399).

Evidentemente, o fator previdenciário causou descontentamento na grande maioria dos segurados, haja vista o impacto nos seus rendimentos e no seu planejamento quanto ao momento adequado para a aposentadoria. Surgiu, então, no âmbito judicial, o desenvolvimento de uma tese bastante criativa e interessante.

A Administração Previdenciária, interpretando o art. 18, § 2º, da Lei, 8.213/91,³⁰ entende que o aposentado, após requerer voluntariamente o seu benefício e começar a receber os valores correspondentes, não faz jus a uma nova aposentadoria, mesmo que continue trabalhando e contribuindo compulsoriamente para o sistema. Essas contribuições não seriam destinadas ao contribuinte, mas ao custeio geral da previdência, haja vista também o seu caráter solidário.

Na esfera judicial, contudo, começou a ser adotado um entendimento distinto. Ainda que o referido dispositivo legal vede ao aposentado o gozo de outro benefício da mesma espécie, poderia haver a renúncia à aposentadoria, abrindo-se então a possibilidade de concessão de um novo benefício em momento posterior (já que de aposentado não mais se trata), considerando-se eventuais contribuições realizadas no período. Trata-se da desaposentação, instituto criado a partir da interpretação judicial.³¹

³⁰ “Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: [...] § 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

³¹ “RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. 1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que

É de se notar que a desaposentação, na prática, constitui um importante empecilho à política pública de desestímulo à aposentadoria precoce. A possibilidade de renúncia ao benefício abre caminho para que se fuja dos efeitos do fator previdenciário, uma vez que a aposentadoria prematura e de valor reduzido pode ser substituída por uma aposentadoria posterior, quando o segurado conta com idade mais avançada.

Mesmo que a interpretação realizada em favor dos segurados seja plausível, a ausência de legislação regulando a desaposentação acarreta uma série de inconvenientes. Em princípio, mesmo o segurado que não contribui após a sua aposentadoria – ou realiza poucas contribuições – poderia ter interesse num novo benefício, pois o aumento da idade, por si só, alteraria o cálculo do fator previdenciário, incrementando a renda auferida pelo aposentado. Além disso, também poderia haver interesse na realização de desaposentações sucessivas e intermináveis, à medida que a idade avança, já que existe a possibilidade de renúncia ao benefício.

Por outro lado, os segurados que respeitaram a política pública adotada, deixando de requerer a aposentadoria prematura e planejando o momento mais adequado para tal requerimento conforme as regras vigentes, encontraram-se em

pretende abdicar. 2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação. 3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ. 4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE. 5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução. 6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ” (STJ, REsp 1334488/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 08/05/2013). A questão foi reconhecida como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal – RE 661256 (julgamento iniciado e ainda não concluído): “CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. § 2º do ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. MATÉRIA EM DISCUSSÃO NO RE 381.367, DA RELATORIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA. Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso” (STF, RE 661256 RG, Relator(a): Min. Ayres Britto, julgado em 17/11/2011).

posição de desvantagem com relação aos que não fizeram esse planejamento e aproveitaram-se da tese criada a partir de casos individuais.

1.3.2 Aposentadoria especial e afastamento do trabalho nocivo à saúde

A aposentadoria especial é um benefício concedido com tempo de contribuição reduzido (em relação à aposentadoria por contribuição), nos termos do art. 57, “caput”, da Lei 8.213/91,³² destinado ao segurados que trabalham submetidos a condições nocivas à saúde. No cálculo dessa aposentadoria não incide o fator previdenciário, pois aqui não se quer incentivar a permanência em atividade; ao contrário, o que se busca é o afastamento do trabalhador do ambiente que é prejudicial à sua saúde.

A legislação estabelece, inclusive, que o benefício será cancelado se o aposentado retornar ao trabalho em ambiente nocivo (art. 57, § 8º, da Lei 8.213/91),³³ haja vista o objetivo da aposentadoria especial prematura – proteção da saúde do trabalhador. Entretanto, como a aposentadoria tem sido vista como um complemento de renda, muitos aposentados tentam seguir em atividade – atividade tida como especial – cumulando os rendimentos desse trabalho com os rendimentos da aposentadoria diferenciada.

Na via judicial muitas vezes há guarida para esse entendimento, até porque o Tribunal Regional Federal da Quarta Região considerou inconstitucional o dispositivo legal que trata do cancelamento do benefício, sob o argumento principal de que a Constituição não autorizaria a restrição imposta pela lei ao desempenho do labor.³⁴

³² “Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.”

³³ “Art. 46. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno. [...] Art. 57. [...] § 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.”

³⁴ “PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 8º DO ARTIGO 57 DA LEI Nº 8.213/91. APOSENTADORIA ESPECIAL. VEDAÇÃO DE PERCEPÇÃO POR TRABALHADOR QUE CONTINUA NA ATIVA, DESEMPENHANDO ATIVIDADE EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. 1. Comprovado o exercício de atividade especial por mais de 25 anos, o segurado faz jus à concessão da aposentadoria especial, nos termos do artigo 57 e § 1º da Lei 8.213, de 24-07-1991, observado, ainda, o disposto no art. 18, I, 'd' c/c 29, II, da LB, a contar da data do requerimento administrativo. 2. O § 8º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 veda a percepção de aposentadoria especial por parte do trabalhador que continuar exercendo atividade especial. 3. A restrição à continuidade do

No incidente de arguição de inconstitucionalidade há um voto vencido, do Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, que rebate a tese da ausência de autorização constitucional. Conforme o julgador, no caso da aposentadoria por invalidez, em que há dispositivo legal vedando o exercício de atividade remunerada, também não existe tal autorização, e ainda assim o mencionado dispositivo não é tido como inconstitucional. De acordo com o aludido voto, a tarefa do legislador infraconstitucional de disciplinar a Constituição invariavelmente resulta na sua restrição, sendo inviável regular sem restringir.

Independentemente da adoção de uma posição acerca dos argumentos apresentados, o fato é que o afastamento da lei, em detrimento dos atos administrativos que a cumprem, acarreta insegurança e tratamento desigual a casos idênticos. A política de se desestimular o trabalho em condições especiais fica fragilizada, sendo questionável até mesmo o sentido de uma aposentadoria diferenciada. Isso sem falar nos inúmeros trabalhadores que, atentos ao que estabelece a lei, passam a exercer outra atividade (não nociva à saúde) ou postergam o gozo da aposentadoria especial, não usufruindo dos benefícios extraídos da decisão judicial.

Ao invés do incentivo à saúde no ambiente de trabalho, tem-se um incentivo à litigiosidade e à desconfiança com relação aos atos administrativos, reduzindo-se a questão a conflitos individualizados. O assunto, de todo modo, ainda será apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.³⁵

desempenho da atividade por parte do trabalhador que obtém aposentadoria especial cerceia, sem que haja autorização constitucional para tanto (pois a constituição somente permite restrição relacionada à qualificação profissional), o desempenho de atividade profissional, e veda o acesso à previdência social ao segurado que implementou os requisitos estabelecidos na legislação de regência. 3. A regra em questão não possui caráter protetivo, pois não veda o trabalho especial, ou mesmo sua continuidade, impedindo apenas o pagamento da aposentadoria. Nada obsta que o segurado permaneça trabalhando em atividades que impliquem exposição a agentes nocivos sem requerer aposentadoria especial; ou que aguarde para se aposentar por tempo de contribuição, a fim de poder cumular o benefício com a remuneração da atividade, caso mantenha o vínculo; como nada impede que se aposentando sem a consideração do tempo especial, peça, quando do afastamento definitivo do trabalho, a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial. A regra, portanto, não tem por escopo a proteção do trabalhador, ostentando mero caráter fiscal e cerceando de forma indevida o desempenho de atividade profissional. 4. A interpretação conforme a constituição não tem cabimento quando conduz a entendimento que contrarie sentido expresso da lei. 5. Reconhecimento da inconstitucionalidade do § 8º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91" (TRF4, Arguição de Inconstitucionalidade n. 5001401-77.2012.404.0000, Rel. Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, Corte Especial, julgado em 24/05/12).

³⁵ "Direito previdenciário e constitucional. Constitucionalidade do art. 57, § 8º, da lei nº 8.213/91. Discussão acerca da possibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial independentemente do afastamento do beneficiário das atividades laborais nocivas à saúde. Matéria passível de repetição em inúmeros processos, com repercussão na esfera de interesse de

1.3.3 Aposentadoria especial e relação de agentes nocivos

O artigo 58, “caput”, da Lei 8.213/91,³⁶ estabelece que o rol de agentes nocivos hábeis a caracterizar a atividade especial – atividade que permite a contagem diferenciada de tempo de serviço/contribuição – devem ser definidos pelo Poder Executivo. Esse rol está contemplado no anexo IV do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99)³⁷ e nele não consta – ao menos na redação atual – a eletricidade como agente nocivo.

Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a eletricidade pode caracterizar a atividade especial, considerando meramente exemplificativo o rol de agentes nocivos estabelecido em ato normativo.³⁸ Esse entendimento autoriza a extrapolação do regramento administrativo no tocante às situações que configuram a especialidade, podendo a questão ser avaliada caso a caso através de demandas judiciais.

Trata-se, a toda evidência, de ampliação das hipóteses para a concessão de uma aposentadoria que tem natureza excepcional e diferenciada (o que, em princípio, não autorizaria interpretação ampliativa). Além disso, embora a eletricidade

beneficiários da previdência social. Presença de repercussão geral” (STF, RE 788092 RG, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 27/03/2014).

³⁶ “Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo”.

³⁷ “Art. 68. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, consta do Anexo IV”.

³⁸ “RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTE ELETRICIDADE. SUPRESSÃO PELO DECRETO 2.172/1997 (ANEXO IV). ARTS. 57 E 58 DA LEI 8.213/1991. ROL DE ATIVIDADES E AGENTES NOCIVOS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO. AGENTES PREJUDICIAIS NÃO PREVISTOS. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO. SUPORTE TÉCNICO MÉDICO E JURÍDICO. EXPOSIÇÃO PERMANENTE, NÃO OCASIONAL NEM INTERMITENTE (ART. 57, § 3º, DA LEI 8.213/1991). 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com o escopo de prevalecer a tese de que a supressão do agente eletricidade do rol de agentes nocivos pelo Decreto 2.172/1997 (Anexo IV) culmina na impossibilidade de configuração como tempo especial (arts. 57 e 58 da Lei 8.213/1991) de tal hipótese a partir da vigência do citado ato normativo. 2. À luz da interpretação sistemática, as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991). Precedentes do STJ. 3. No caso concreto, o Tribunal de origem embasou-se em elementos técnicos (laudo pericial) e na legislação trabalhista para reputar como especial o trabalho exercido pelo recorrido, por consequência da exposição habitual à eletricidade, o que está de acordo com o entendimento fixado pelo STJ. 4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ” (STJ, REsp 1306113/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/11/2012).

constitua agente perigoso, não se trata propriamente de agente prejudicial à saúde ou à integridade física do segurado, estando ausente a nocividade no ambiente de trabalho. Como se não bastasse, diante da ausência de previsão no regulamento, não há exigência da contribuição adicional para o custeio da aposentadoria especial, inexistindo fonte de custeio na hipótese específica (AMADO, 2014, p. 486).

1.3.4 Auxílio-reclusão e caracterização da baixa renda

O benefício de auxílio-reclusão é destinado aos dependentes do segurado recluso de baixa renda (art. 201, IV, da Constituição), desde que o segurado não receba remuneração de empresa e não receba benefício previdenciário substitutivo de renda (art. 80, “caput”, da Lei 8.213/91).³⁹ A ideia aqui é garantir a subsistência dos dependentes quando o provedor, em razão da prisão, não puder auferir renda.

O Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99), disciplinando o requisito da renda baixa, estabelece que esse requisito será cumprido quando o último salário-de-contribuição (base de cálculo para a incidência da contribuição previdenciária) percebido pelo segurado submetido à prisão não superar determinado limite.⁴⁰

Problema surge quando o segurado não está realizando contribuições no momento da prisão. O Instituto Nacional do Seguro Social, com apoio na regulamentação incidente, observa o último salário-de-contribuição recebido, presumindo – com base nessa informação – a hipossuficiência econômica necessária ao deferimento do benefício.

³⁹ “Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço”.

⁴⁰ “Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais). § 1º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado”. Esse valor vem sendo atualizado, sendo atualmente de R\$ R\$ 1.089,72, conforme a Portaria Interministerial MPS/MF n. 13, de 09/01/2015: “Art. 5º O auxílio-reclusão, a partir de 1º de janeiro de 2015, será devido aos dependentes do segurado cujo salário-de-contribuição seja igual ou inferior a R\$ 1.089,72 (um mil e oitenta e nove reais e setenta e dois centavos), independentemente da quantidade de contratos e de atividades exercidas. § 1º Se o segurado, embora mantendo essa qualidade, não estiver em atividade no mês da reclusão, ou nos meses anteriores, será considerado como remuneração o seu último salário-de-contribuição. § 2º Para fins do disposto no § 1º, o limite máximo do valor da remuneração para verificação do direito ao benefício será o vigente no mês a que corresponder o salário-de-contribuição considerado”.

Na esfera judicial, contudo, há quem adote entendimento distinto, considerando a existência de baixa renda na hipótese de desemprego ou ausência de contribuições, independentemente do valor do último salário-de-contribuição.⁴¹ Assim, a presunção adotada é a de que a ausência de contribuições na época da prisão, por si só, caracteriza a baixa renda, ainda que essa situação seja decorrente do exercício de trabalho informal ou da própria criminalidade, e mesmo que, pouco tempo antes da prisão, o segurado tenha auferido renda elevada.

O critério administrativo, por sua vez, também pode dar margem a distorções. De fato, o último salário-de-contribuição recebido não reflete – de maneira indubidosa – a condição econômica do segurado.

Parece que, independentemente do critério adotado, situações de suposta iniquidade podem ocorrer. Entretanto, isso também é passível de ser encontrado em outras questões previdenciárias.

Quando um pensionista completa 21 anos de idade e é capaz, por exemplo, ele perde o direito à pensão, haja vista a cessação da dependência em relação ao instituidor do benefício, conforme o artigo 77, § 2º, II, da Lei 8.213/91.⁴² Ocorre que

⁴¹ “PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO OU SEM RENDA. CRITÉRIO ECONÔMICO. MOMENTO DA RECLUSÃO. ÚLTIMO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A questão jurídica controvertida consiste em definir o critério de rendimentos ao segurado recluso em situação de desemprego ou sem renda no momento do recolhimento à prisão. O acórdão recorrido e o INSS defendem que deve ser considerado o último salário de contribuição, enquanto os recorrentes apontam que a ausência de renda indica o atendimento ao critério econômico. 2. À luz dos arts. 201, IV, da Constituição Federal e 80 da Lei 8.213/1991 o benefício auxílio-reclusão consiste na prestação pecuniária previdenciária de amparo aos dependentes do segurado de baixa renda que se encontra em regime de reclusão prisional. 3. O Estado, através do Regime Geral de Previdência Social, no caso, entendeu por bem amparar os que dependem do segurado preso e definiu como critério para a concessão do benefício a ‘baixa renda’. 4. Indubitavelmente que o critério econômico da renda deve ser constatado no momento da reclusão, pois nele é que os dependentes sofrem o baque da perda do seu provedor. 5. O art. 80 da Lei 8.213/1991 expressa que o auxílio-reclusão será devido quando o segurado recolhido à prisão ‘não receber remuneração da empresa’. 6. Da mesma forma o § 1º do art. 116 do Decreto 3.048/1999 estipula que ‘é devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado’, o que regula a situação fática ora deduzida, de forma que a ausência de renda deve ser considerada para o segurado que está em período de graça pela falta do exercício de atividade remunerada abrangida pela Previdência Social. (art. 15, II, da Lei 8.213/1991). 7. Aliada a esses argumentos por si sós suficientes ao provimento dos Recursos Especiais, a jurisprudência do STJ assentou posição de que os requisitos para a concessão do benefício devem ser verificados no momento do recolhimento à prisão, em observância ao princípio *tempus regit actum*. Nesse sentido: AgRg no REsp 831.251/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 23.5.2011; REsp 760.767/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 24.10.2005, p. 377; e REsp 395.816/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 2.9.2002, p. 260. 8. Recursos Especiais providos” (STJ, REsp 1480461/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/09/2014).

⁴² “Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. [...] § 2º A parte individual da pensão extingue-se: [...] II - para o filho, a pessoa a ele

esse pensionista pode estar desempregado ou estudando, não tendo ainda condições reais de sobreviver por conta própria.

Apesar disso, o entendimento judicial não necessariamente destoia da interpretação administrativa.⁴³ Algumas peculiaridades do caso concreto, portanto, nem sempre são suficientes para o afastamento das regras gerais aplicáveis à espécie.

O que se verifica, no final das contas, é uma tendência ao ajuizamento de demandas judiciais, tendo em vista a possibilidade de afastamento dos critérios administrativos, divergência que gera soluções distintas para casos iguais.

1.3.5 Auxílio-acidente e lesões permanentes

O auxílio-acidente é um benefício que tem por objetivo indenizar o segurado que sofre um acidente de qualquer natureza e apresenta sequelas, em razão desse acidente, capazes de reduzir a sua capacidade para o desempenho da atividade exercida à época do infortúnio (art. 86 da Lei 8.213/91).⁴⁴ Interpretando o dispositivo legal que trata do assunto, a Administração parece ter considerado que as expressões “consolidação das lesões” e “sequelas”, existentes no texto, indicam a necessidade de haver lesão definitiva, de caráter permanente (veja-se, a propósito, o art. 104, “caput”, do Decreto 3.048/99).⁴⁵

Corroborando essa interpretação o fato de que a própria Lei 8.213/91 não estabelece a obrigatoriedade de realização de exames médicos periódicos ao

equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente”.

⁴³ “RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LEI Nº 8.213/91. IDADE LIMITE. 21 ANOS. ESTUDANTE. CURSO UNIVERSITÁRIO. A pensão pela morte do pai será devida até o limite de vinte e um anos de idade, salvo se inválido, não se podendo estender até os 24 anos para os estudantes universitários, pois não há amparo legal para tanto. Recurso provido” (STJ, REsp 639.487/RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/10/2005). No mesmo sentido a Súmula 37 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (julgada em 31/05/2007): “A pensão por morte, devida ao filho até os 21 anos de idade, não se prorroga pela pendência do curso universitário”.

⁴⁴ “Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia”.

⁴⁵ “Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva, conforme as situações discriminadas no anexo III, que implique: [...]”.

segurado em gozo de auxílio-acidente, apontando para uma condição clínica considerada irreversível.

Mesmo assim, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que o benefício em questão pode ser concedido também na hipótese de lesões de caráter temporário (notadamente aquelas causadas por esforço repetitivo), passíveis de tratamento ou cura.⁴⁶ Ao que tudo indica, essa exegese prevalece mesmo que o tratamento não exija o afastamento definitivo da atividade desempenhada, o que prejudicaria de forma permanente a função exercida pelo trabalhador.

A divergência entre o INSS e o Judiciário tem repercussão na solidariedade forçada existente entre os integrantes do sistema previdenciário. Por determinação judicial, a coletividade de segurados deve suportar os custos de uma indenização que – a partir de uma interpretação possível da lei – poderia ser tida como indevida. Talvez essa mesma coletividade preferisse pagar uma indenização maior àqueles acometidos de lesões irreversíveis, ao invés de pulverizar os recursos mediante o aumento do número de beneficiários potenciais. O processo judicial, contudo, não tem se mostrado adequado para esse tipo de discussão.

1.3.6 Prova de tempo de serviço/contribuição e sentença trabalhista

⁴⁶ “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. REQUISITOS: COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE E DA REDUÇÃO PARCIAL DA CAPACIDADE DO SEGURADO PARA O TRABALHO. DESNECESSIDADE DE QUE A MOLÉSTIA INCAPACITANTE SEJA IRREVERSÍVEL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PARECER MINISTERIAL PELO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Nos termos do art. 86 da Lei 8.213/91, para que seja concedido o auxílio-acidente, necessário que o segurado empregado, exceto o doméstico, o trabalhador avulso e o segurado especial (art. 18, § 1o. da Lei 8.213/91), tenha redução permanente da sua capacidade laborativa em decorrência de acidente de qualquer natureza. 2. Por sua vez, o art. 20, I da Lei 8.213/91 considera como acidente do trabalho a doença profissional, proveniente do exercício do trabalho peculiar à determinada atividade, enquadrando-se, nesse caso, as lesões decorrentes de esforços repetitivos. 3. Da leitura dos citados dispositivos legais que regem o benefício acidentário, constata-se que não há nenhuma ressalva quanto à necessidade de que a moléstia incapacitante seja irreversível para que o segurado faça jus ao auxílio-acidente. 4. Dessa forma, será devido o auxílio-acidente quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução de natureza permanente da capacidade laborativa e a atividade profissional desenvolvida, sendo irrelevante a possibilidade de reversibilidade da doença. Precedentes do STJ. 5. Estando devidamente comprovado na presente hipótese o nexo de causalidade entre a redução parcial da capacidade para o trabalho e o exercício de suas funções laborais habituais, não é cabível afastar a concessão do auxílio-acidente somente pela possibilidade de desaparecimento dos sintomas da patologia que acomete o segurado, em virtude de tratamento ambulatorial ou cirúrgico. 6. Essa constatação não traduz, de forma alguma, reexame do material fático, mas sim valoração do conjunto probatório produzido nos autos, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula 7 desta Corte. 7. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 1112886/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 25/11/2009).

De acordo com o artigo 55, § 3º, da Lei 8.213/91,⁴⁷ a comprovação do tempo de serviço/contribuição, para fins previdenciários, deve ser feita mediante início de prova material, sendo vedada a prova exclusivamente testemunhal, ressalvadas as hipóteses de caso fortuito e força maior definidas em regulamento.

Verifica-se a opção legislativa de se exigir maior segurança para o reconhecimento de direitos previdenciários, até porque – no caso da prova exclusivamente testemunhal – é bastante difícil para o INSS (leia-se: a coletividade de segurados) e até mesmo no âmbito judicial a realização de contraprova, especialmente quando se trata de fatos longínquos. Com efeito, enquanto o cidadão interessado pode, com relativa facilidade, arrolar testemunhas sobre fato que diz respeito à sua vida privada (exercício de atividade laboral), é bastante improvável que o poder público disponha de elementos – dados específicos da vida de cada trabalhador – capazes de infirmar essa alegação (SAVARIS, 2012, p. 245-6).

Com apoio na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99,⁴⁸ a Administração Previdenciária sustenta que uma sentença trabalhista (e a anotação extemporânea na Carteira de Trabalho decorrente dessa decisão), quando não fundamentada em início de prova material, não tem o condão de comprovar o tempo de

⁴⁷ “Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado: [...] § 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento”.

⁴⁸ “Art. 62. A prova de tempo de serviço, considerado tempo de contribuição na forma do art. 60, observado o disposto no art. 19 e, no que couber, as peculiaridades do segurado de que tratam as alíneas “j” e “l” do inciso V do caput do art. 9º e do art. 11, é feita mediante documentos que comprovem o exercício de atividade nos períodos a serem contados, devendo esses documentos ser contemporâneos dos fatos a comprovar e mencionar as datas de início e término e, quando se tratar de trabalhador avulso, a duração do trabalho e a condição em que foi prestado.[...] Art. 142. A justificação administrativa constitui recurso utilizado para suprir a falta ou insuficiência de documento ou produzir prova de fato ou circunstância de interesse dos beneficiários, perante a previdência social. § 1º Não será admitida a justificação administrativa quando o fato a comprovar exigir registro público de casamento, de idade ou de óbito, ou de qualquer ato jurídico para o qual a lei prescreva forma especial. § 2º O processo de justificação administrativa é parte de processo antecedente, vedada sua tramitação na condição de processo autônomo. Art. 143. A justificação administrativa ou judicial, no caso de prova exigida pelo art. 62, dependência econômica, identidade e de relação de parentesco, somente produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal. § 1º No caso de prova exigida pelo art. 62 é dispensado o início de prova material quando houver ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito. § 2º Caracteriza motivo de força maior ou caso fortuito a verificação de ocorrência notória, tais como incêndio, inundação ou desmoração, que tenha atingido a empresa na qual o segurado alegue ter trabalhado, devendo ser comprovada mediante registro da ocorrência policial feito em época própria ou apresentação de documentos contemporâneos dos fatos, e verificada a correlação entre a atividade da empresa e a profissão do segurado”.

serviço/contribuição na esfera previdenciária. Nesse contexto, a própria sentença e o registro na Carteira de Trabalho, por si sós, não constituem início de prova material, mesmo porque não são documentos contemporâneos à alegada prestação do trabalho.

Assim, uma sentença homologatória de acordo, por exemplo, proferida numa reclamatória trabalhista sem nenhuma instrução (ou com prova exclusivamente testemunhal), não será suficiente – sem outros documentos – para provar tempo de serviço/contribuição junto ao INSS. A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, entretanto, editou súmula que aponta para sentido diverso: “A anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários” (Súmula 31, julgada em 13/02/2006).⁴⁹

A desconsideração da regra dá guarida a comportamentos oportunistas, ainda que não se possa presumir a má-fé das pessoas. Isso porque, do ponto de vista econômico, constitui uma ação racional a tentativa de maximização das vantagens, ainda mais quando se está sob a ameaça de uma contingência social (SAVARIS, 2012, p. 278).

Há possibilidade, por exemplo, de o espólio ajuizar reclamatória trabalhista em favor da pessoa falecida, para que – mesmo sem provas materiais do labor – se reconheça a existência de vínculo de trabalho antes do óbito. O reconhecimento do vínculo pode ser decisivo para caracterizar a condição de segurado do falecido, indispensável à concessão de pensão aos dependentes.

⁴⁹ No mesmo sentido: “PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO URBANO SEM VÍNCULO. RECONHECIMENTO EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. POSSIBILIDADE. IMPUGNAÇÃO DA AUTARQUIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A sentença trabalhista é documento suficiente para ser considerado início de prova material, exceto se a Previdência fizer prova em sentido contrário, seja por ausência do substrato real, seja porque as testemunhas não eram idôneas. 2. Recurso especial desprovido” (STJ, REsp 1401565/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013). Em sentido contrário: “RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. SENTENÇA TRABALHISTA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO ENTRE O ESPÓLIO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO E O SUPOSTO EMPREGADOR. 1. A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, desde que prolatada com base em elementos probatórios capazes de demonstrar o exercício da atividade laborativa, durante o período que se pretende ter reconhecido na ação previdenciária. 2. Na espécie, ao que se tem dos autos, a sentença trabalhista está fundada apenas nos depoimentos da viúva e do aludido ex-empregador, motivo pelo qual não se revela possível a sua consideração como início de prova material para fins de reconhecimento da qualidade de segurado do instituidor do benefício e, por conseguinte, do direito da autora à pensão por morte. 3. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1427988/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 27/03/2014).

Sobre as condutas oportunistas, veja-se a manifestação de Zélia Luiza Perdoná (2012, p. 345-6):

Também verificamos, com frequência, a mesma situação nos acordos trabalhistas que têm por objetivo a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte. Nesses treze anos que atuamos como membro do Ministério Público, na grande maioria das vezes, temos encaminhado cópia de acordos judiciais ao Setor Criminal da Procuradoria da República, porque os acordos concretizam verdadeiras fraudes em face da Previdência. Ressaltamos que, muitas vezes, houve a prestação do trabalho, mas em um período muito superior ao acordado e/ou com remuneração inferior a acordada. Assim, há prejuízos à coletividade protegida, quer quando não são cobradas as contribuições relativas a todo período laborado, já que o acordo abrangeu apenas parte reduzida do tempo trabalhado, quer quando o valor da pensão a ser paga, em decorrência do acordo, terá valor superior ao realmente auferido quando da prestação do serviço.

Em uma audiência, numa das Varas Previdenciárias da Capital Paulista, indagando o “empregador” sobre o valor acordado a título de remuneração, ele afirmou que havia acordado o mencionado valor, pois estaria ajudando a família do “de cujus”. Na verdade, a ajuda que ele se referia seria suportada pela coletividade protegida (como já referimos, o INSS apenas administra os recursos). A ajuda do “empregador” é um dos exemplos do que temos denominado “fazer caridade com o chapéu alheio”.

1.3.7 Contribuinte individual e atividade especial

Com o advento da Lei 9.872/98 (conversão da Medida Provisória 1.729/98), foi estabelecida fonte de custeio específica para a aposentadoria especial, mediante a alteração do artigo 57, § 6º, da Lei 8.213/91,⁵⁰ e do artigo 22, II, da Lei 8.212/91.⁵¹ A instituição de uma fonte de custeio é um indicativo da necessidade de se manter equilíbrio do sistema no que diz respeito à contagem diferenciada do tempo especial, haja vista a inativação precoce daí decorrente.

⁵⁰ “Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. [...] § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente”.

⁵¹ “Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: [...] II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve; b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio; c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave”.

Do artigo 22, II, da Lei 8.212/91, extrai-se que apenas o trabalho dos empregados e trabalhadores avulsos, com exposição a agentes nocivos, gera a contribuição da empresa contratante para a aposentadoria especial. Posteriormente, o artigo 1º da Lei 10.666/03⁵² (conversão da Medida Provisória 83/02) aumentou o âmbito de incidência dessa contribuição, estendendo – em razão disso – a aposentadoria especial também aos contribuintes individuais integrantes de cooperativas de trabalho e produção.

Veja-se, a propósito, trecho da exposição de motivos da Medida Provisória 83/02:

2. A mudança no perfil das relações de trabalho, com a redução gradativa dos trabalhadores contratados como empregados, fez crescer significativamente as cooperativas de trabalho e de produção, cujos cooperados filiam-se à Previdência Social como contribuintes individuais. Ocorre que aqueles trabalhadores que exerciam atividades expostas a condições prejudiciais à saúde ou integridade física perderam o direito ao benefício de aposentadoria especial, uma vez que, pela sistemática vigente, esta modalidade de aposentadoria só é devida aos segurados empregados e trabalhadores avulsos.

3. Entendo que esses trabalhadores, pelo simples fato de não serem empregados, mas sim cooperados, não podem ser prejudicados. Se eles exercem as suas atividades nas mesmas condições em que os empregados, devem receber os benefícios também em igualdade de condições. Por isso, faz-se a presente proposição, que visa permitir aos cooperados de cooperativas de trabalho e de produção o recebimento de aposentadoria especial. A urgência e relevância dessa proposição está atrelada diretamente ao grande volume de trabalhadores que se encontram nessa situação, agravada em muitos casos pelo fato de se encontrarem na iminência do cumprimento dos requisitos necessários à concessão do benefício especial.

⁵² “Art. 1º As disposições legais sobre aposentadoria especial do segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social aplicam-se, também, ao cooperado filiado à cooperativa de trabalho e de produção que trabalha sujeito a condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física. § 1º Será devida contribuição adicional de nove, sete ou cinco pontos percentuais, a cargo da empresa tomadora de serviços de cooperado filiado a cooperativa de trabalho, incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, conforme a atividade exercida pelo cooperado permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. § 2º Será devida contribuição adicional de doze, nove ou seis pontos percentuais, a cargo da cooperativa de produção, incidente sobre a remuneração paga, devida ou creditada ao cooperado filiado, na hipótese de exercício de atividade que autorize a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. § 3º Considera-se cooperativa de produção aquela em que seus associados contribuem com serviços laborativos ou profissionais para a produção em comum de bens, quando a cooperativa detenha por qualquer forma os meios de produção”.

Com base na legislação vigente, o artigo 64 do Decreto 3.048/99⁵³ estabelece que a aposentadoria especial somente é devida ao contribuinte individual quando ele for cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção. Essa interpretação, por certo, está atrelada à fonte de custeio do benefício.

Outra foi a interpretação dada pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. De fato, o mencionado órgão julgador editou súmula admitindo a possibilidade de o contribuinte individual, mesmo o não cooperado, ter reconhecida em seu favor a atividade especial: “O segurado contribuinte individual pode obter reconhecimento de atividade especial para fins previdenciários, desde que consiga comprovar exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física” (Súmula 62, julgada em 27/06/2012).

É plausível a extensão do benefício ao contribuinte individual não cooperado, pela possibilidade efetiva de exposição a agentes nocivos, embora, em boa parte dos casos, seja ele próprio o responsável pelos cuidados com o ambiente onde trabalha, em razão de sua autonomia profissional. A via judicial, contudo, não se revela a mais apropriada para o debate da questão, pois acarretará a concessão do benefício a um tipo de segurado que não contribui especificamente para tanto (em detrimento daqueles que contribuem), afetando o equilíbrio do sistema planejado pela ação governamental. Isso sem falar que as demandas judiciais individuais não favorecem aqueles que acatam o entendimento administrativo.

1.3.8 Desemprego e perda da qualidade de segurado

Considerando-se o caráter contributivo da Previdência Social, a condição de segurado ou dependente de segurado constitui requisito para o direito aos benefícios legalmente previstos. Uma vez perdida a qualidade de segurado, pela cessação das contribuições vertidas ao sistema, a consequência natural é a perda

⁵³ “Art.64. A aposentadoria especial, uma vez cumprida a carência exigida, será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção, que tenha trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

da proteção social outrora garantida, com as exceções previstas no artigo 3º da Lei 10.666/03.⁵⁴

De acordo com o artigo 15 da Lei 8.213/91,⁵⁵ o segurado (exceto o facultativo) ainda mantém essa qualidade por 12 meses após a interrupção das contribuições (período de graça), podendo esse período ser prorrogado por mais 12 meses na hipótese de desemprego, desde que a situação seja comprovada com registro no órgão próprio do Ministério de Trabalho e Emprego. Trata-se, como se pode observar, de uma exceção à regra geral.

A exigência do aludido registro – condição expressamente imposta pela lei – é um indicativo de que se faz necessário o conhecimento formal do poder público acerca das situações de desemprego, o que pode auxiliar no desenvolvimento e no dimensionamento de políticas de incentivo à criação de postos de trabalho e qualificação profissional, desestimulando a informalidade.⁵⁶ O alongamento excepcional do período de graça teria relação, portanto, com a contribuição que os cidadãos podem dar para o aperfeiçoamento de políticas públicas ligadas ao trabalho.

Apesar da literalidade da regra, o INSS tem aceitado outras formas de cumprimento da condição estabelecida pelo legislador (registro específico no órgão governamental competente), tais como o recebimento de seguro-desemprego ou o cadastro no Sistema Nacional de Emprego (art. 137 da Instrução Normativa

⁵⁴ “Art. 3o A perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição e especial. § 1o Na hipótese de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão desse benefício, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício”.

⁵⁵ “Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: [...] II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração; [...] § 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado. § 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. § 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social. § 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos”.

⁵⁶ Art. 13 da Lei 8.019/90: “Art. 13. A operacionalização do Programa Seguro Desemprego, no que diz respeito às atividades de pré-triagem e habilitação de requerentes, auxílio aos requerentes e segurados na busca de novo emprego, bem assim às ações voltadas para reciclagem profissional, será executada prioritariamente em articulação com os Estados e Municípios, através do Sistema Nacional de Emprego (Sine), nos termos da lei”.

INSS/PRES 77/15).⁵⁷ No âmbito judicial, contudo, foi adotado entendimento mais flexível, inclusive com prova do desemprego através da mera apresentação da Carteira de Trabalho sem registro de vínculos após a cessação das contribuições (SAVARIS, 2012, p. 215).

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça solucionou as divergências existentes sobre a questão, estabelecendo que o registro previsto na lei pode ser substituído por qualquer tipo de prova, inclusive a testemunhal, que demonstre o desemprego do segurado. A mera apresentação da Carteira de Trabalho, de acordo com aquela Corte, não faz prova do desemprego, haja vista a possibilidade de desempenho de trabalho informal.⁵⁸

⁵⁷ “Art. 137. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuição: [...] II - até doze meses após a cessação de benefícios por incapacidade, salário maternidade ou após a cessação das contribuições, para o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração, observado que o salário maternidade deve ser considerado como período de contribuição; [...] § 4º O segurado desempregado do RGPS terá o prazo do inciso II do caput ou do § 1º deste artigo acrescido de doze meses, desde que comprovada esta situação por registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, podendo comprovar tal condição, dentre outras formas: I - comprovação do recebimento do seguro-desemprego; ou II - inscrição cadastral no Sistema Nacional de Emprego - SINE, órgão responsável pela política de emprego nos Estados da federação”.

⁵⁸ “PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. ART. 15 DA LEI 8.213/91. CONDIÇÃO DE DESEMPREGADO. DISPENSA DO REGISTRO PERANTE O MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL QUANDO FOR COMPROVADA A SITUAÇÃO DE DESEMPREGO POR OUTRAS PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. O REGISTRO NA CTPS DA DATA DA SAÍDA DO REQUERIDO NO EMPREGO E A AUSÊNCIA DE REGISTROS POSTERIORES NÃO SÃO SUFICIENTES PARA COMPROVAR A CONDIÇÃO DE DESEMPREGADO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DO INSS PROVIDO. 1. O art. 15 da Lei 8.213/91 elenca as hipóteses em que há a prorrogação da qualidade de segurado, independentemente do recolhimento de contribuições previdenciárias. 2. No que diz respeito à hipótese sob análise, em que o requerido alega ter deixado de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, incide a disposição do inciso II e dos §§ 1o. e 2o. do citado art. 15 de que é mantida a qualidade de segurado nos 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, podendo ser prorrogado por mais 12 (doze) meses se comprovada a situação por meio de registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. 3. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, esse dispositivo deve ser interpretado de forma a proteger não o registro da situação de desemprego, mas o segurado desempregado que, por esse motivo, encontra-se impossibilitado de contribuir para a Previdência Social. 4. Dessa forma, esse registro não deve ser tido como o único meio de prova da condição de desempregado do segurado, especialmente considerando que, em âmbito judicial, prevalece o livre convencimento motivado do Juiz e não o sistema de tarifação legal de provas. Assim, o registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá ser suprido quando for comprovada tal situação por outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal. 5. No presente caso, o Tribunal a quo considerou mantida a condição de segurado do requerido em face da situação de desemprego apenas com base no registro na CTPS da data de sua saída no emprego, bem como na ausência de registros posteriores. 6. A ausência de anotação laboral na CTPS do requerido não é suficiente para comprovar a sua situação de desemprego, já que não afasta a possibilidade do exercício de atividade remunerada na informalidade. 7. Dessa forma, não tendo o requerido produzido nos autos prova da sua condição de desempregado, merece reforma o acórdão recorrido que afastou a perda da qualidade de segurado e julgou procedente o pedido; sem prejuízo, contudo, da promoção de outra ação em que se enseje a produção de prova adequada. 8. Incidente de

Do voto do relator no incidente de uniformização acima referido, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, extrai-se o seguinte excerto:

4. No que diz respeito à hipótese sob análise, em que o requerido havia deixado de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, incide a disposição do citado artigo de que é mantida a qualidade de segurado nos 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, podendo ser prorrogado por mais 12 (doze) meses se comprovada a situação por meio de registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

5. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, entendo que esse dispositivo deve ser interpretado de forma a proteger não o registro da situação de desemprego, mas o segurado desempregado que, por esse motivo, encontra-se impossibilitado de contribuir para a Previdência Social. Dessa forma, não pode o segurado ficar excluído da cobertura previdenciária apenas pela ausência de registro perante o órgão competente.

6. Na verdade, essa exigência legal não se dirige ao Juiz, mas às autoridades administrativas previdenciárias que não podem, realmente, prorrogar o período de manutenção da qualidade do segurado sem o citado registro.

7. Por sua vez, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarificação legal de provas, motivo pelo qual esse registro não deve ser tido como único meio de prova da condição de desempregado do segurado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

8. Assim, de se concluir que o registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá ser suprido quando for comprovada tal situação por outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal.

Como se pode observar, não foi considerada indevida, inconstitucional ou inútil a exigência legal (registro no órgão competente). Também não foi considerada ilegal a atuação da Administração que condiciona a prorrogação do período de graça ao cumprimento de tal exigência. O que se verifica é a possibilidade de – em juízo – ser aumentado o tempo de manutenção da qualidade de segurado sem contribuições, descumprindo-se o que exatamente dispõe a lei.

O Poder Judiciário, então, não se limita a controlar a legalidade dos atos administrativos, mas também atua num plano paralelo de juridicidade, apenas possível para quem litiga em juízo. Além disso, parece que a finalidade da lei – ao menos a finalidade aqui vislumbrada, relacionada com política de geração de empregos – perde muito do seu sentido com a demonstração de desemprego

independentemente da informação ao poder público (inclusive através de prova testemunhal que, como já se disse, dificulta a contraprova).

Cumpre destacar que a lei já protege, por 12 meses e sem nenhuma condição, o segurado que deixa de contribuir, havendo necessidade do registro no órgão competente apenas para a prorrogação excepcional desse prazo. A interpretação realizada pela Administração não seria, portanto, demasiadamente gravosa ao segurado, até porque o registro questionado (ou o cadastramento no Sistema Nacional de Emprego, por exemplo) pode ser feito sem maiores dificuldades.

De todo modo, o que se verifica, no exemplo ora analisado, é a dispensa do segurado de cumprir um dever legal (apenas no âmbito judicial), sem prejuízo do recebimento dos benefícios que seriam decorrentes da observância desse dever. O Poder Judiciário se torna uma instância de concessão de benefícios que o INSS não está autorizado a conceder.

1.3.9 Extensão do controle judicial

Os exemplos acima referidos tratam de casos que já foram objeto de amplo debate na esfera judicial, não sendo difícil de imaginar a flexibilização das regras previdenciárias também a partir do livre convencimento de cada um dos milhares de magistrados espalhados pelo País – com apoio na dignidade da pessoa humana, na razoabilidade, na finalidade social do Direito Previdenciário, dentre outros argumentos com alta carga de abstração e subjetividade.

O entendimento de Savaris é ilustrativo: (2011, p. 244-5):

Como se verá adiante, não poucos são os casos em que, em maior ou menor grau, o rigor da legislação é abrandado, no caso concreto, pela lógica da razoabilidade, por razões de justiça e equidade, e pela reafirmação de princípios constitucionais intimamente ligados aos postulados fundantes do sistema de proteção social: o bem supremo da vida, a vida com a dignidade que merece um ser humano, vida digna de ser vivida; o combate à pobreza e ao que ela carrega consigo (fome, subnutrição, exclusão, perda da autoestima, doenças evitáveis); a redução das desigualdades sociais com vistas ao ideal de justiça social.

[...]

Historicamente, a matéria previdenciária revela-se como singular domínio a reivindicar uma atuação judicial refratária ao aguilhão formalista. Ainda que algumas decisões possam ser percebidas isoladamente como manifestação de um entendimento caritativo, pode-se dizer, não obstante, que a exigência de preservação da vida humana estimula um espírito équo

de aperfeiçoamento judicial do sistema de proteção social. Tal aperfeiçoamento visa atender às realidades da vida e da sociedade, com vistas a promover antes o cumprimento do nobre desiderato previdenciário, do que o imaginário objetivo de uma regra voltada a si mesma.

Isso porque o “juiz não poderá limitar-se ao cálculo de um autômato, mas deverá recorrer a todos os recursos da argumentação, tanto em sua deliberação íntima, em sua tomada de decisão, quanto na redação de uma sentença que comprometerá sua responsabilidade pessoal”.

A ideia de que o Direito não pode fazer-se de surdo à realidade das coisas anima o aplicador do Direito Previdenciário a buscar a lógica de um *sistema de proteção à pessoa destituída de meios de subsistência*, tendo-a sempre em consideração no momento da solução de um problema concreto – e, em princípio, ligado a uma determinada norma jurídica. [grifos do autor]

Evidentemente, a aplicação das regras gerais e abstratas pressupõe interpretação, a partir dos casos concretos submetidos ao aplicador. Mas isso não significa a desconsideração do seu conteúdo normativo e da sua finalidade, especialmente com base em princípios cuja valoração depende da convicção de cada um.⁵⁹

No caso da Previdência Social, a situação se agrava tendo-se em vista os bens coletivos envolvidos, o aspecto contributivo e a necessidade de equilíbrio financeiro e atuarial, como já se deixou transparecer linhas acima.⁶⁰

É cabível, aqui, uma analogia com um condomínio edilício, cuja convenção estabelece o dever de todos os condôminos contribuírem com uma cota para a sua manutenção. Suponha-se que um dos condôminos, por ter fracassado nos seus negócios, encontre-se em estado de penúria e deixe de pagar a cota que lhe cabe. Do ponto de vista jurídico, seria muito difícil sustentar, com base na dignidade da pessoa humana, por exemplo, que o condômino em questão nada deve ao

⁵⁹ “A principiologização do direito, característica do moralismo, desponta como a face mais visível desse pretense ‘pós-positivismo’ tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potenciando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores” (RAMOS, 2010, p. 285). A questão já foi estudada na dissertação de mestrado intitulada “A Função Jurisdicional Ordinária e o Estado Democrático de Direito: um enfoque institucional” (CARRASCO, 2012).

⁶⁰ Oportuna a lição de Armando de Oliveira Assis (apud MARTINEZ, 2005, p. 90-1): “Sob a alegação de que se trata [a legislação sobre o seguro social] de matéria de domínio do Direito Social, os seus interpretadores são levados a invocar o ‘sentido social’, o ‘objetivo social’ de tais leis, e à sombra de uma interpretação supostamente ‘social’ muitos disparates poderão ser cometidos em detrimento da coletividade. Ora, justamente por se tratar de uma legislação ‘social’ é que se impõe dar primazia ao ‘interesse social’ na aplicação a essas leis. Tem-se que levar mais em conta a coletividade do que os indivíduos, por muito que, aparentemente, possa uma reivindicação pessoal matizar-se de interesse, ou, quando muito, de conveniência social”. Também pertinente é o entendimento de Elcir Castello Branco (apud MARTINEZ, 2005, p. 91): “A tendência benévola dos nossos Tribunais em onerar as seguradoras e a previdência social vai de encontro com a recomendação da doutrina de que não se pode decidir por equidade na apreciação destas questões. Pois esse critério seria elástico, traindo os pressupostos atuariais em que foi assumido o risco”.

condomínio. Isso autorizaria que os outros condôminos, cada qual com motivos particulares que também afetariam a sua dignidade (doenças na família e despesas com educação, por exemplo), pleiteassem igualmente o direito à redução ou à supressão das suas cotas.⁶¹ No final das contas, o próprio condomínio acabaria sendo extinto com prejuízo para todos, perdendo-se nas demandas individuais a solidariedade indispensável para uma vida coletiva.

Poder-se-ia argumentar que, no caso da Previdência Social, uma atuação judicial mais humanitária (e menos jurídica) permitiria a distribuição de renda e a redução de desigualdades. Entretanto, como já se viu, é questionável entender que a previdência brasileira tem como finalidade principal a distribuição de renda, considerando-se a natureza securitária do sistema desenhado na Constituição.

Diante do cenário brasileiro, o que se verifica é uma presunção de ilegitimidade dos atos administrativos previdenciários praticados pelo INSS. Certamente ocorrem muitos erros administrativos que contribuem para isso, mas não há dúvida de que o Poder Judiciário está se tornando uma espécie de “segunda chance” para o segurado que não concorda com o indeferimento de seu benefício – independentemente do ato questionado resultar do cumprimento estrito dos ditames legais. É bem possível o êxito desse segurado no seu intento, através de interpretações particulares que contornem ou dispensem as exigências legais e regulamentares, mesmo que sob o pretexto de se fazer mero controle de legalidade.⁶²

Nesse contexto, a autarquia previdenciária, cuja função precípua é a de garantir o direito daqueles que o têm, acaba sendo vista com desconfiança por

⁶¹ Nada impede que a solução para o caso ocorra através da caridade, da ajuda mútua decorrente da consciência humanitária que todos os indivíduos devem ter. Não se trata, a toda evidência, de uma solução jurídica.

⁶² “Tomada como cláusula pétrea [a inafastabilidade da jurisdição], ela tem funcionado como permissivo para a reinterpretação, pelo Judiciário, também de critérios intrinsecamente políticos e, por vezes, afetos às próprias escolhas fundamentais da política social previdenciária. Ao lado da ampla possibilidade de controle judicial reside, outrossim, a concepção de que cada ação judicial versando sobre matéria previdenciária trata da postulação da própria efetivação, pelo Poder Judiciário, do direito fundamental à previdência social. É disseminada a convicção de que incumbe ao juiz, em demandas tais, sempre uma função protetiva, à vista de um polo ativo hipossuficiente postulando a observância de um direito fundamental a priori tomado como negado, retardado ou mal prestado pelo Estado. [...] Há, pois, um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos afetos às prestações previdenciárias: em vez de uma fiscalização da atuação da Administração e da correção ou não do ato administrativo motivado, o que existe é uma verdadeira atividade de total substituição a que se refere a moderna doutrina processual, no sentido de a decisão do juiz suprir integralmente o ato, o critério ou a decisão administrativa toda vez que o juízo administrativo divergir do seu próprio”. (WEBER, 2014, p. 9-10).

idosos, doentes e necessitados em geral. Torna-se necessária, então, uma chancela judicial, como se fosse o único meio de se alcançar a justiça.⁶³

Podem existir muitos fatores que contribuem para o ativismo judicial em determinado sistema jurídico. Há estudos na área da teoria do direito, hermenêutica jurídica, filosofia política ou sociologia jurídica, por exemplo (RAMOS, 2010, p. 27). Ainda que outros enfoques possíveis sejam relevantes, merecem destaque aspectos teóricos legitimadores das decisões judiciais que extrapolam ou desconsideram a legislação ordinária, pois a finalidade social e protetora do direito previdenciário aparentemente favorece esse fenômeno.

1.4 POSITIVISMO E APLICAÇÃO DO DIREITO

O desprestígio da lei tem relação com a sua desvinculação da ideia de justiça, o que seria decorrente também do positivismo jurídico, doutrina responsável – em linhas gerais – pela redução da lei ao resultado de atos procedimentais e da vontade parlamentar (FERREIRA FILHO, 2009-a, p. 194-5).

Parece que o positivismo, em princípio, não apresenta uma resposta satisfatória para a prática jurídica: ora resulta num formalismo exacerbado, ora resulta na discricionariedade judicial. Segundo Gerald Postema (2011), Bentham era um positivista que criticava o sistema do *common law* porque tal sistema permitira, de modo imprevisível, uma oscilação entre a rigidez e flexibilidade na aplicação do Direito. Os juízes poderiam tanto seguir as regras dos precedentes quanto inovar nos julgamentos de novos casos.

Esse parece ser um grande problema para os teóricos: garantir a certeza e a previsibilidade que justificam a própria existência de um ordenamento jurídico, e ao mesmo tempo permitir a aplicação justa das regras aos casos concretos. De acordo com Fernando Atria (2004, p. 115), a solução de tal problema, para Bentham, era a codificação.

⁶³ “De outro modo, a impressão que fica é a de que os tribunais concedem, sob a linguagem do direito, aquilo que na verdade crêem ser devido como as boas e velhas ‘obras de misericórdia’ da tradição cristã. Não há dúvida que os direitos sociais – direitos da solidariedade, dizem alguns – derivam dessas regras, como aliás sugeria Kant, mas os juristas precisam formulá-las de forma mais adequada ao Estado de direito que procura tirar dos seus funcionários o quanto de arbítrio possam ter, assim como dar aos cidadãos critérios que independam da sensibilidade humana dos seus governantes, inclusive judiciais”(LOPES, 2006, p. 261).

Atria (2004, p. 112-5) chama de “ciclo de la adjudicación” o movimento pendular que se verifica entre o formalismo e a discricionariedade judicial na aplicação do direito, situação que não seria resolvida pelos positivistas chamados analíticos, os quais em geral sustentam que o positivismo, enquanto teoria, não reclama postura específica a respeito da referida aplicação.

É interessante analisar, sob esse enfoque, a crítica de Ronald Dworkin à doutrina positivista. O citado jurista sustentou, no artigo chamado “Is Law a System of Rules?” (1977), que o Direito não poderia restringir-se a um conjunto de regras (primárias e secundárias).

Para o positivista Herbert L. A. Hart (1994, p. 94), as regras primárias são relativas às ações que os indivíduos devem ou não fazer, enquanto as regras secundárias dizem respeito às próprias regras primárias. As regras secundárias especificam a maneira como as outras regras são, de forma conclusiva, determinadas, criadas, eliminadas, alteradas, especificando a ocorrência de sua violação. Ainda segundo o autor (1994, p. 100-10), os critérios de validade dessas regras são identificados por uma regra de reconhecimento, cuja existência é uma questão de fato (prática normalmente concordante das cortes, funcionários e cidadãos quanto à identificação do Direito). Assim, a fonte do Direito “deve ser encontrada nas convenções dos juízes ou ‘funcionários’ de um sistema jurídico, por meio das quais eles reconhecem o que deve valer como lei naquele sistema” (GUEST, 2010, p. 120).

Observando a prática judicial, Dworkin (1977, p. 45-48) verificou que as decisões judiciais são justificadas também com a utilização de princípios, havendo uma distinção lógica importante entre estes e as regras. Os princípios seriam proposições levadas em consideração na solução de controvérsias, podendo ou não influir no seu resultado. Nem sempre a consequência prevista pelo princípio se realizaria, podendo haver, também, conflito entre princípios, sem que isso acarretasse a invalidade de um deles. A resolução desse conflito ocorreria em face do peso ou da importância do princípio (dimensão de peso). As regras, diferentemente, seriam aplicadas do modo tudo-ou-nada: uma vez ocorridos os fatos nela previstos, deveria ser observada a consequência estipulada, ou a regra teria de ser considerada inválida.⁶⁴

⁶⁴ Apesar dessa distinção, o próprio Dworkin (1977, p. 48-9) reconheceu que, na prática, nem sempre fica clara a identificação de um preceito como princípio ou regra.

A doutrina de Hart era o principal alvo de Ronald Dworkin. Ele pretendia demonstrar que a discricionariedade judicial não existiria nem mesmo nos casos em que a legislação não é clara, ao contrário do que supostamente afirmariam os positivistas.⁶⁵ Os princípios, inerentes ao ordenamento jurídico, forneceriam padrões que deveriam ser observados pelo julgador nas situações em que não é identificada uma regra específica para a solução da controvérsia judicial. Tais padrões serviriam também para nortear o juiz na desconsideração de uma regra que, à primeira vista, seria aplicável na solução de um caso concreto.

O ponto de vista de Dworkin (1977, p. 60-1) levaria a uma conexão entre o Direito e a Moral, de modo que o conteúdo do Direito não poderia ser determinado apenas por fatos sociais, como defendem os positivistas. Embora Hart (1994, p. 268) reconheça uma relação contingente entre o Direito e a Moral, essa conexão não seria conceitualmente necessária.

Talvez o cerne da questão não seja propriamente a inclusão de princípios no conceito de Direito, sendo que o citado jurista estaria até mesmo equivocado quanto à análise do modelo de regras de Hart (SHAPIRO, 2007, p. 17). Para o próprio Dworkin (2007, p. 492), inclusive, o Direito não se esgotaria num conjunto de regras ou princípios. O império do direito seria determinado por uma atitude interpretativa, autorreflexiva, contestadora, construtiva e fraterna.

De qualquer modo, as objeções de Dworkin que ecoaram na prática jurídica brasileira dizem respeito sobremaneira à distinção entre regras e princípios, e à possibilidade de que as primeiras sejam superadas ou desconsideradas em prol dos últimos. Nesse sentido, a observação de Claudio Michelon (2009, p. 1):

Ironicamente, um conceito que foi originalmente elaborado como uma forma de estabelecer critérios de racionalidade que limitam a discricionariedade judicial é mais comumente associado no Brasil a um instrumento que permite ao juiz mais liberdade em relação à lei e ao direito posto. De fato, os princípios são muitas vezes utilizados por tribunais e doutrinadores como uma forma de eliminar dificuldades postas por regras complexas e/ou que destoam da concepção de justiça do juiz ou escritor.

Parece, portanto, que a crítica ao positivismo, ao menos no Brasil, acabou movimentando o pêndulo do “ciclo da adjudicação” em direção à discricionariedade.

⁶⁵ “Na visão de Dworkin, esta é uma conclusão que os positivistas deveriam querer. Os positivistas dão muito valor à certeza e a seus colorários, clareza e assertibilidade pública. Nas áreas revoltosas da controvérsia jurídica, em outras palavras, o positivista deveria *querer* dizer que o direito termina aqui” (GUEST, 2010, p. 164).

Claudio Michelin (2009, p. 2) sustenta, inclusive, que o combate ao formalismo teria sido extrapolado:

Todavía, o ataque ao formalismo atingiu muito mais do que o seu alvo declarado. O que se coloca em questão a partir do modo como os princípios jurídicos vêm sendo utilizados tanto na doutrina como na prática do direito brasileiro é a própria noção de que o direito é algo criado dinamicamente pela comunidade política e não algo derivado de um conjunto abstrato e vago de bens ou valores por especialistas que têm um *insight* privilegiado sobre como esses bens e valores fundamentais devem conformar nossas instituições e decisões políticas. Ou seja, o que está em jogo é a legitimidade democrática desse arranjo institucional.

A reação dos positivistas às objeções de Dworkin, ao que tudo indica, contribuiu para a situação ora descrita.

Duas principais respostas foram oferecidas pelos positivistas aos desafios de Dworkin. A primeira delas rejeitou a justificativa pela qual os princípios fariam parte do Direito: as normas legais não poderiam ser válidas em razão do seu conteúdo moral; se os princípios não se originam de fatos sociais, eles não são Direito (positivismo jurídico exclusivo). A segunda resposta, por sua vez, considerou conceitualmente possível a explicação de Dworkin para a legalidade dos princípios e os aceitou como parte do Direito: o positivismo jurídico seria compatível com a ideia de que os princípios jurídicos teriam sua validade decorrente de um conteúdo moral (positivismo jurídico inclusivo) (SHAPIRO, 2007, p. 19).

Essas duas vertentes do positivismo foram assim identificadas por Fernando Atria (2004, p. 83-4):

Algunos positivistas adoptaron una línea de respuesta conciliadora, 'suave' o 'blanda', aceptando que los principios podían ser parte del derecho a pesar de ser reconocidos por su contenido, y asumiendo a una definición más débil del clan (según la cual el positivismo jurídico es una familia de teorías jurídicas unidas por la tesis de que no hay una conexión necesaria, a pesar que puede haber una conexión contingente, entre el derecho y la moral). Otros adoptaron la estrategia "estricta" o "dura" de negar a los principios estatus jurídico tout court y parapetarse en la versión más fuerte de la teoría, según la cual el derecho no sólo es basado en fuentes, sino válido porque es basado en las fuentes (por tanto los principios, válidos porque son substantivamente correctos y no necesariamente porque son basados en alguna fuente, no son derecho válido).

A dificuldade dos positivistas excludentes ou estritos reside no fato de que as constituições geralmente contêm preceitos com grande carga valorativa. Assim, a

legislação infraconstitucional não poderia ser Direito, uma vez que a sua validade dependeria da adequação a normas constitucionais de conteúdo moral. Isso sem falar que as próprias leis podem fazer referência a valores, utilizando-se de expressões como “bons costumes”, por exemplo (ATRIA, 2004, p. 85-6).

Desse modo, o positivismo excludente restringe sensivelmente a extensão do conteúdo do Direito, de maneira que as normas tidas como jurídicas acabam sendo, na prática, as normas particulares cuja validade se fundamenta nas sentenças transitadas em julgado. O ceticismo com relação às fontes do Direito leva ao entendimento de que o Direito corresponde apenas às decisões judiciais (ATRIA, 2004, p. 86-7).

O positivismo inclusivo ou suave, de sua parte, também apresenta dificuldades. Essa corrente sustenta que um sistema jurídico, através de sua regra de reconhecimento, poderia incorporar padrões morais para a definição do que é Direito. Essa inclusão de padrões morais, contudo, seria meramente contingente, como já se disse, até porque a regra de reconhecimento tem caráter convencional (ATRIA, 2004, p. 93).

O argumento da contingência, contudo, desconsidera o fato de que a referência a conceitos morais é uma das características centrais de todas as práticas jurídicas conhecidas. Dessa forma, a tese acaba tornando-se estipulativa e pouco interessante (ATRIA, 2004, p. 98).

Além disso, se a referência à moral dependesse de uma convenção, não existiriam controvérsias substanciais acerca do conteúdo das normas constitucionais de caráter valorativo. Uma alternativa seria alegar que se trata de uma incerteza quanto aos limites da regra de reconhecimento, mas essa incerteza teria que se referir apenas a questões marginais, e não a aspectos centrais dos sistemas normativos, como os direitos fundamentais e os preceitos constitucionais (ATRIA, 2004, p. 98-100). A incerteza quanto a tais aspectos acaba levando também ao ceticismo quanto às leis (como no caso dos positivistas exclusivos):

Ellos [os positivistas inclusivos] deben sostener que no hay respuesta jurídica a la pregunta de si las disposiciones constitucionales que protegen derechos (etc.) deben ser entendidas como haciendo referencia a la mejor teoría de los derechos fundamentales o la democracia, o a las intenciones del redactor o cosas por el estilo. En consecuencia, un juez que tiene que elegir entre estas interpretaciones no puede cometer un error de derecho. Y nótese que esta inestabilidad se comunica a todo el ordenamiento jurídico,

al menos cuando la constitución hace depender la validez de las leyes de su respeto de esas disposiciones constitucionales (ATRIA, 2004, p. 100).

Tal ceticismo igualmente poderia ser encontrado na teoria de Hart referente à textura aberta do Direito. Segundo Atria (2001, p. 161-9), Hart teria explicado as divergências na aplicação da lei de duas formas: a) em face de desentendimentos quanto ao significado das palavras; b) em razão de uma tensão entre certeza e adequação (a solução apropriada trazida pela norma que, em princípio, deveria regular determinada controvérsia).⁶⁶ A segunda forma seria mais relevante na prática jurídica, e implicaria no fato de que os julgadores não poderiam aplicar uma regra sem fazer uma abordagem valorativa prévia: a verificação de sua conformidade com o caso concreto em análise. Haveria, portanto, no momento da aplicação, uma conexão necessária entre o que o Direito é e o que o Direito deve ser, entre Direito e Moral.⁶⁷

Se o positivismo analítico se limita a uma teoria que descreve o que é o Direito, sem preocupar-se com a sua aplicação, ele fomenta a desconfiança quanto à obrigatoriedade das regras, pois a tensão entre certeza e adequação seria resolvida, no final das contas, no momento da decisão judicial. Por outro lado, se esse juízo valorativo de adequação é negado, o resultado é o formalismo (ATRIA, 2001, p. 169-70).

Essas conclusões podem ser um tanto quanto extremadas, mas mostram-se bastantes para demonstrar que o positivismo jurídico contemporâneo acaba de certa forma dando suporte ao modelo teórico neoconstitucionalista:⁶⁸

⁶⁶ Veja-se, a propósito, o capítulo VII da obra “The concept of law” (HART, 1994, p. 124-54).

⁶⁷ Luís Fernando Barzotto (2006, p. 646) assevera que o positivismo é caracterizado por um relativismo em matéria moral, não havendo valores objetivos cognoscíveis através da razão. Segundo ele, inexistente consenso acerca dos valores, que variam conforme o indivíduo ou grupos de indivíduos, de modo que depende da decisão (vontade da maioria) o conteúdo da justiça ou do bem comum. O positivismo, nesse contexto, é uma tentativa de garantir a segurança na sociedade, através das normas que regulam juridicamente as condutas. Elival da Silva Ramos (2010, p. 62-3), contudo, mesmo admitindo ser frequente entre os positivistas o relativismo moral de matriz liberal, sustenta que é possível manter o postulado da separação entre Direito e Moral, ainda que não se concorde com tal relativismo. Para o autor, o que esse postulado metodológico impede é a negativa de validade a normas jurídicas positivas a partir de “um ideal de justiça dotado de objetividade direta ou ontológica”. Não significa necessariamente a negação a uma objetividade indireta dos valores, depuradas através da razão ao longo da história, e continuamente submetidas a um processo de avaliação crítica. Ao que parece, esse entendimento se afasta das origens do positivismo, mas procura manter as suas bases metodológicas.

⁶⁸ O neoconstitucionalismo, em resumo, pretende descrever e explicar o Direito do Estado Constitucional, a partir do momento em que as Constituições, com força normativa, incorporaram direitos fundamentais, que tanto limitam o poder político quanto delineiam a concretização do Direito. Não há, portanto, separação conceitual entre o Direito e a Moral (POZZOLO, 2003, p. 188-9).

El positivista no tiene aquí argumentos contra el neo-constitucionalista, porque el positivista ha aceptado de antemano que por la introducción de estas disposiciones constitucionales [direitos fundamentais, etc.] el juez encargado de su aplicación tiene discreción. Si tiene discreción, esto significa que la elección entre la lectura moral del neo-constitucionalista y cualquier otra lectura que alcance un mínimo de plausibilidad argumentativa es jurídicamente indiferente (ATRIA, 2004, p. 124)

As teses neoconstitucionalistas parecem ter sido incorporadas no Brasil sob a ótica do positivismo analítico, haja vista a tradição jurídica aqui existente (lei como fonte primária do Direito). Isso significa que a argumentação com base em princípios jurídicos presentes na Constituição (ou até com mesmo com suporte em princípios supostamente implícitos no texto constitucional) muitas vezes resulta numa ampla margem de discricionariedade ao julgador.

O que se verifica, ao fim e ao cabo, é o “exagero na valoração dos princípios constitucionais”, com o desprezo das regras e extração de “desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar” (RAMOS, 2010, p. 283).⁶⁹

O problema é que a função jurisdicional é ontologicamente distinta da função legislativa, de modo que a sobreposição dessas funções estatais acaba prejudicando e distorcendo o funcionamento de cada uma delas (CARRASCO, 2012). São “funções lógicas e teleológicas distintas e complementares”, que devem ser devidamente respeitadas, inseridas “num tecido de relações recíprocas ascendentes e descendentes” (SOUZA JUNIOR, 2005, p. 12).

Os tribunais têm limitações institucionais importantes para o exercício de uma função propriamente legislativa, tais como ausência de responsabilidade política, pulverização dos anseios sociais em demandas individuais que repercutem com menor intensidade para as mudanças almejadas, prolação de decisões ideologicamente opostas, dificuldade para considerar todos os interesses envolvidos (além daqueles defendidos pelas partes no processo), dificuldade para avaliar repercussões orçamentárias, incerteza quanto à repercussão das decisões em outros programas de governo e falta de iniciativa (CARRASCO, 2012).⁷⁰

Tratando especificamente dos conflitos que envolvem justiça distributiva, José Reinaldo de Lima Lopes também aborda o problema dos limites das decisões

⁶⁹ Veja-se, também, interessante artigo de Humberto Ávila (2009) acerca do tema.

⁷⁰ Sobre a questão das limitações institucionais, veja-se também: Bruce Ackerman (2000, p. 724-5), Cass Sunstein (1993, p. 145-8) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 292-3).

judiciais que interferem de algum modo nos critérios de distribuição definidos por regras gerais. Das ponderações realizadas pelo autor (2006, p. 134-8), destacam-se as seguintes: (i) o alcance da coisa julgada: muitos problemas não se resolvem individualmente e a coisa julgada limita os efeitos da sentença (ainda que esta possa ser utilizada como precedente); (ii) a legitimidade para decidir: desconsiderar a lei, num debate bilateral, pode deslegitimar o julgamento nos casos em que as regras têm natureza coletiva e distributivista; (iii) o contraditório bilateral: o processo judicial está desenhado usualmente para a solução de conflitos individuais, em que há jogo de soma zero (ganha – perde), o que se mostra inapropriado para o alcance da justiça distributiva;⁷¹ (iv) a inércia: o Poder Judiciário somente age quando provocado, de modo que a iniciativa de alguns pode acarretar, ao menos mediamente, o prejuízo de outros que não tomam a mesma iniciativa. Além disso, se nem todos os potenciais interessados procuram o Judiciário, nem todos os pontos de vista podem ser considerados nas decisões; (v) o aparelhamento insuficiente: ausência de informações suficientes no processo judicial (detalhes orçamentários, custos envolvidos no serviço público, por exemplo) capazes de justificar modificações substanciais nas opções do legislador relativas à justiça distributiva.

Lon Fuller (2001, p. 127-8), por igual, destaca que há dificuldades para se julgar adequadamente, mediante provas e argumentos (como ocorre nas demandas judiciais), os chamados conflitos policêntricos. O autor faz analogia com uma teia de aranha, onde a puxada de um fio pode alterar as tensões existentes em outras partes da teia. Conflitos policêntricos, aqui, equivalem a demandas plurilaterais, nas quais o resultado da decisão “afeta eventualmente outros que não participaram da causa (feito, ação), mas cujos interesses são diretamente atingidos” (LOPES, 2006, p. 172).

É importante, portanto, uma divisão de trabalho entre legislador e julgador. Em outras palavras: os “legisladores criam textos autoritativos e os julgadores operam a partir desses textos por argumentos de coerência”. Trata-se de um arranjo

⁷¹ “A teoria dos jogos fala, nos casos de distribuição, em *jogos de soma não zero*. [...] Jogo de soma zero é aquele em que o resultado pertence integralmente a um vencedor. A decisão dos conflitos de soma zero tem um caráter binário: certo-errado, lícito-ilícito, culpado-inocente, credor-devedor. [...] O jogo de soma não zero é aquele cujo resultado é uma forma de participação: o ganhador tem mais, mas não pode excluir o perdedor. Há sempre uma igualdade proporcional e o que está em jogo não é algo que será levado por alguém, mas um produto que será criado por todos. Os jogos de soma não zero dizem respeito à situação de cooperação. Seu caráter é plurilateral e não binário” (LOPES, 2006, p. 145-6) [grifos do autor]. Para Aline Weber (2014, p. 14), no modelo de litigância tradicional a ação judicial é “bipolar”.

institucional elaborado pela autoridade política e que se beneficia da legitimidade que tem essa autoridade, constituindo uma divisão do trabalho da razão prática. A coerência aqui diz respeito à argumentação jurídica, e não representa uma teoria que a identifica com o próprio Direito (MICHELON, 2009 p. 23-24).

No âmbito previdenciário, resta claro que a concessão de um benefício através da flexibilização das leis gera sensação de desigualdade, desvantagem, insegurança, assim como desvaloriza a atuação administrativa, que tende a ser mais uniforme. A harmonia e cooperação que deveriam existir na distribuição dos bens acabam tornando-se competição (CARRASCO, 2012, p. 57), e praticamente qualquer ato administrativo desfavorável ao interessado tem potencial para gerar um conflito judicial viável.

Acrescente-se, ainda, a quase ausência de risco ao litigante, que normalmente é beneficiário da justiça gratuita. Isso sem falar que não há custas a pagar no caso das demandas distribuídas perante os juizados especiais federais.⁷² Além disso, é comum que os advogados previdenciários celebrem contratos com os seus clientes com previsão de remuneração somente na hipótese de êxito na ação judicial.

Não é de se admirar, nesse contexto, que o INSS tenha aparecido em primeiro lugar na lista dos 100 maiores litigantes do País, conforme relatório do Conselho Nacional de Justiça (2011, p. 5). Como o litígio judicial constitui uma “segunda chance” – a possibilidade de se rever atos administrativos com suporte em concepções neoconstitucionalistas –, o panorama não poderia ser outro.

O próprio requerimento administrativo junto ao INSS, antes da demanda judicial, chegou a ser considerado dispensável, fazendo com que o Poder Judiciário praticamente assumisse o papel da autarquia previdenciária. Mesmo sem pretensão resistida, era possível a concessão de benefícios previdenciários diretamente na via judicial.⁷³ Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal firmou posição no sentido de

⁷² Embora tratando dos acordos judiciais em matéria previdenciária, José Antônio Savaris (2012, p. 115) assevera: “A cultura do litígio ainda é estimulada pela gratuidade da justiça e pela ausência de ônus sucumbenciais imediatos propiciada pela assistência judiciária – que nesses feitos é regra. Isso conduz a uma litigância abusiva com sua contribuição para a demora e congestionamento”.

⁷³ “PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. INCABÍVEL O SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO COMO REQUISITO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO EM QUE SE PLEITEIA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO. 1. A admissão de Recurso Extraordinário com base na existência de repercussão geral não impede o normal andamento das

ser necessário – em regra – o aludido requerimento, prestigiando em alguma medida a atuação administrativa, já bastante menosprezada.⁷⁴

É oportuna, nesse contexto, a análise do atual modelo de aplicação da legislação previdenciária e de solução dos conflitos daí decorrentes, propondo-se o aperfeiçoamento desse modelo mediante um desenho institucional mais eficiente e

demandas em trâmite nesta Corte que versem sobre o mesmo tema. Precedentes. 2. A análise de matéria de cunho constitucional é, por força do art. 102, III da Carta Maior, exclusiva da Suprema Corte, sendo, portanto, vedado a este Superior Tribunal de Justiça conhecer da suposta infringência, ainda que para fins de prequestionamento. 3. É firme o entendimento desta Corte de que a ausência de prévio requerimento administrativo não constitui óbice para que o segurado pleiteie judicialmente a concessão, revisão ou restabelecimento de seu benefício previdenciário. Entendimento outrora consolidado no enunciado 213 da Súmula de jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, que dispõe: o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária. 4. Agravo Regimental do INSS desprovido” (STJ, AgRg no AREsp 242.008/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 21/03/2013).

⁷⁴ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir” (STF, RE 631240, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014).

compatível com a realização da justiça distributiva. Essa resposta institucional ao problema não é incompatível com o desenvolvimento de teorias de decisão ou de interpretação que tendam a modificar o panorama teórico ora criticado. Ao contrário, são propostas complementares de enfrentamento da questão.

Antes da análise acima referida, porém, impõem-se algumas considerações sobre a atividade administrativa e seu controle judicial.

2 ADMINISTRAÇÃO E JURISDIÇÃO

As concepções acerca do papel do Estado na sociedade estão em constante evolução. No Brasil, assim com em outros países, tem-se adotado um modelo de Estado provedor, intervencionista, diferente do padrão sustentado pelo liberalismo clássico (RAMOS, 2010, p. 268-74).

Não é difícil de constatar, nesse contexto, um aumento das expectativas dos cidadãos em relação ao poder público. Em razão do incremento das atividades estatais, a administração também sofre transformações, passando de uma “burocracia guardiã” para uma “burocracia prestacional”, com profundas modificações no modo de se pensar a gestão pública (MEDAUAR, 2003, p. 124-36).⁷⁵

Assim, como já se destacou, é previsível um aumento de conflitos ou divergências entre a Administração e os particulares, ainda que os interesses de ambos sejam (ou devam ser) convergentes.⁷⁶ O desempenho da função administrativa tende naturalmente a afetar a atividade dos indivíduos, que muitas vezes têm noções discordantes acerca da amplitude dos seus direitos (FAGUNDES, 2010, p. 114), sendo esperada uma extrapolação dessa circunstância com a ampliação das intervenções estatais.

Ao mesmo tempo, igualmente aumentam as tendências à “processualização” do agir administrativo, caracterizada pela participação do administrado na formação dos atos do poder público (BINENBOJM, 2008, p. 77).⁷⁷ Trata-se da democratização da administração através do processo, retirando-se daqueles que sofrem os efeitos de seus atos a condição de meros destinatários (MAFINNI, 2006, p.137).

2.1 SISTEMAS DE CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO

⁷⁵ Tratando das tendências do Direito Constitucional, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009-a, p. 301-2) destaca que o Poder Executivo do Estado contemporâneo constitui a própria Administração, autônoma e profissional, desvinculada do Governo. Em sentido análogo é o pensamento de Cezar Saldanha Souza Junior (2002).

⁷⁶ Sem adentrar na discussão acerca da eventual supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o fato é que em muitos casos essa dicotomia não parece ser relevante. A realização de um interesse privado também pode significar a promoção de um interesse público (BINENBOJM, 2008, p. 97; MAFFINI, 2006, p. 43).

⁷⁷ Cabe destacar aqui a obra de Odete Medauar intitulada “A Processualidade no Direito Administrativo” (2008).

Odete Medauar (2012, p. 191-2) sustenta que há três sistemas de controle jurisdicional da administração, quais sejam: o sistema de jurisdição dupla, o sistema de jurisdição una e os sistemas mistos. De acordo com a autora, diversos seriam os critérios para o enquadramento de determinado arranjo institucional num desses sistemas, tais como: a especialização do órgão responsável pela jurisdição administrativa, a sua vinculação ao Poder Judiciário, ou a natureza dos litígios administrativos colocados sob a competência da jurisdição especializada.⁷⁸

A classificação da citada jurista (2012, p. 192-3) leva em conta, ao que parece, o grau de especialização da jurisdição administrativa, independentemente da sua inserção ou não no Poder Judiciário. Assim, o sistema dualista é caracterizado por uma jurisdição administrativa totalmente independente da jurisdição comum; o sistema monista não apresenta uma jurisdição administrativa especializada, a qual é absorvida pela jurisdição comum, sendo admitida apenas a presença de varas ou câmaras específicas para a matéria administrativa; e o sistema misto, por fim, opera com jurisdições distintas, mas que convergem para o mesmo tribunal em última instância (desconsiderando-se o tribunal competente para conhecer os litígios de natureza constitucional).

Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 140), de outra banda, defende que é desnecessária a especificação de um tipo misto de controle jurisdicional, haja vista a inexistência de sistemas totalmente puros. No mesmo sentido é o entendimento de Diogo de Figueiredo de Moreira Neto (1977, p. 14).

Sem retirar o mérito de outras classificações, considera-se suficiente aqui divisão dos sistemas de controle jurisdicional em dois tipos distintos: o sistema de jurisdição dupla e o sistema de jurisdição uma, adotando-se como critério diferenciador a existência de uma jurisdição administrativa dentro ou fora do Poder Judiciário.

Antes de se adentrar no exame específico de cada um dos sistemas, mostra-se pertinente esclarecer o que se entende por jurisdição, já que é esse um aspecto principal da classificação adotada.

⁷⁸ Esse último critério seria o de Jeanne Lemasurier, “para quem no sistema dualista os litígios de legalidade e de responsabilidade são submetidos a um juízo especializado, o juízo administrativo, independente do juízo judiciário de direito comum, exemplificando com o modelo francês; os sistemas mistos sujeitam os litígios sobre legalidade ao juiz administrativo e os litígios sobre contratos e outras matérias ao juiz judiciário, exemplificando com o modelo italiano” (MEDAUAR, 2012, p. 192).

Não é nítida a distinção entre ato jurisdicional e ato administrativo,⁷⁹ havendo inclusive entendimentos no sentido de que não existe, na essência, tal distinção, sendo a jurisdição apenas uma modalidade diferenciada de administração (CARNEIRO, 2012, p. 49). Essa identidade seria justificada porque ambas as atividades estatais consistiriam na aplicação da lei, ideia que se baseava na premissa clássica de que o Legislativo tinha supremacia sobre os demais poderes, e que perdeu consistência quando o Executivo ganhou hegemonia, não se concebendo a função administrativa como limitada à execução das leis (MEDAUAR, 2008, p. 50-1).

Athos Gusmão Carneiro (2012, p. 50-1), comparando o ato jurisdicional como o ato administrativo, relaciona as seguintes diferenças: (i) a atividade jurisdicional depende da iniciativa do interessado, enquanto a atividade administrativa pode ocorrer de ofício; (ii) a aplicação da lei é a razão de ser da jurisdição, enquanto a finalidade da administração é o alcance do bem comum, embora observando os parâmetros legais; (iii) a atividade jurisdicional usualmente tem um caráter substitutivo, ao passo que a atividade administrativa tem natureza originária ou primária; (iv) a jurisdição é exercida através do processo, com julgamento de conflitos alheios, o que não ocorre com a administração, onde a atuação geralmente ocorre informalmente através de procedimentos, nos quais o próprio poder público é interessado; (v) o ato jurisdicional de composição da lide tem efeitos imutáveis (coisa julgada), ao contrário das decisões administrativas, sujeitas apenas à preclusão interna (no âmbito da própria Administração) e passíveis de controle jurisdicional de legalidade.⁸⁰

⁷⁹ Veja-se, a propósito, a seguinte manifestação de Georg Jellinek (2000, p. 532): “No hay, ni puede darse, un signo general material que separe la justicia de la administración. Por eso, aún hoy, todos los teorizadores se contentan con afirmar que esta oposición se ha formado históricamente, y que corresponde a la justicia lo que como tal se ha ido considerando en la evolución de la historia. La evolución moderna de la jurisdicción administrativa, así como las profundas investigaciones doctrinales acerca de la naturaleza de la jurisdicción y de la administración, muestran que la distinción entre justicia y administración es cada vez más formalista, esto es, que se trata de categorías que hay que referir a los fenómenos exteriores de las autoridades que las ejecutan, las cuales no pueden aclarar las diferencias de las funciones del Estado que alcanzan en ellas su expresión”. Confira-se, também, a posição de Hans Kelsen a respeito do assunto (2003, p. 290-5).

⁸⁰ Semelhantes são as características da função jurisdicional elencadas por Alfredo de Araújo Lopes da Costa (1961, p. 52). Odete Medauar (2008, p. 57-8), Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 136-7), por sua vez, apontam diferenças que podem ser enquadradas nos itens “ii” a “v”. A distinção realiza por Giuseppe Chiovenda (1969, p. 9-14), de outra parte, é passível de ser enquadrada no item “iii”, ao passo que, para Alberto Xavier (1976, p. 76), a distinção principal reside na característica descrita no item “v”.

Embora as características acima referidas possam efetivamente estar presentes em algum grau numa e noutra atividade, não parece que elas são decisivas ou suficientes para estabelecer a distinção pretendida. Com efeito, na Administração há muitos casos em que a atuação também depende de um requerimento do interessado, em especial quando há postulação de uma prestação, como um benefício previdenciário ou uma licença ambiental (MOREIRA, 2010, p. 73). Ademais, os órgãos da Administração destinados à solução de controvérsias (notadamente os chamados tribunais administrativos), os quais proferem decisões passíveis de controle jurisdicional, usualmente desempenham o seu papel mediante provocação. Como se não bastasse, considerando-se a atividade desempenhada por esses órgãos (resolução de conflitos), a sua atuação acaba tendo uma finalidade semelhante à da atividade jurisdicional (aplicação da lei e do Direito de modo não originário).⁸¹

Por outro lado, ainda que os tribunais administrativos fossem constituídos por membros independentes e imparciais (imagine-se, por exemplo, a composição desses tribunais através da eleição de juristas que não pertencem aos quadros da Administração, para o exercício de um mandato fixo), a submissão a um controle externo retiraria o caráter jurisdicional da atividade.⁸²

Além disso, a ideia de substitutividade da função jurisdicional é questionável. Álvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero (2012, p. 124-5) referem que, quando o órgão jurisdicional decide questões processuais (suspeição, impedimento e competência, por exemplo), não resta configurada uma atividade substitutiva. Sustentam, ainda, que a atividade do juiz não se limita à subsunção da norma ao caso concreto, ocorrendo também uma ação interpretativa que reconstrói a ordem jurídica e, por isso mesmo, compromete a concepção de mera substituição de uma atividade alheia. A tutela jurisdicional, assim, não é explicada de maneira adequada pela tese da substitutividade, conforme o entendimento dos citados autores.

Com relação à existência de coisa julgada como elemento caracterizador do ato jurisdicional, mesmo que se abstraia o debate acerca da sua configuração no

⁸¹ Hely Lopes Meirelles (1997, p. 662-3), a propósito, entende que os tribunais administrativos também exercem jurisdição, pois cumprem a função de dizer o direito, apesar da jurisdição administrativa não poder ser confundida com a jurisdição judicial. Já Álvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero (2012, p. 133-4) consideram haver o desempenho de funções “equivalentes à jurisdição”.

⁸² “Decorrência da imperatividade na aplicação do direito é a irrevisibilidade externa (por entidade outra que não integrante dos quadros do Poder Judiciário) da atividade desempenhada pelo órgão jurisdicional. A decisão jurisdicional é insuscetível de exame fora dos quadros do Poder Judiciário” (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2012, p. 129).

âmbito administrativo, remanesce a objeção de Ovídio Baptista da Silva (2011, p. 62-3) no sentido de que há processos tipicamente jurisdicionais onde não se verifica a produção de tal efeito (a coisa julgada), dentre eles o processo executivo e o processo cautelar.⁸³ Ainda conforme o mencionado jurista, não seria jurisdicional a sentença que extinguisse o processo judicial com base na ausência de um pressuposto processual, por não haver, nessa hipótese, resolução de conflito através de que decisão que produza coisa julgada.

Considerando-se as objeções realizadas, bem como a classificação que se adotou quanto aos sistemas de controle jurisdicional da administração, entende-se pertinente a compreensão estabelecida por Álvaro de Oliveira e Mitidiero (2012, p. 127):

A jurisdicionalidade de um ato é aferida na medida em que é fruto de um órgão estatal, dotado de império, investido em garantias funcionais que lhe outorguem imparcialidade e independência, cuja função é aplicar o direito (e não apenas a lei) de forma específica, dotado o seu pronunciamento de irreversibilidade externa.

No tocante à irreversibilidade externa, ressalva-se a possibilidade de revisão por um Tribunal Constitucional, nos casos em que há uma corte dessa natureza independente do Poder Judiciário. Ademais, a aplicação do direito, em princípio, também pode ser realizada pela Administração, sem que isso signifique descumprimento da lei e de suas finalidades. Por isso, essa não parece ser uma característica específica dos atos jurisdicionais.

2.2 SISTEMA DE JURISDIÇÃO DUPLA

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1977, p. 2-3), a expressão “contencioso administrativo” pode ser empregada em duas acepções: a primeira, de natureza material e mais ampla, diz respeito aos litígios ou controvérsias envolvendo matéria administrativa, abarcando, portanto, relações jurídico-administrativas conflituosas; a segunda, de natureza formal e mais restrita, relaciona-se com a atividade administrativa especializada que julga aqueles litígios, através de órgãos distintos da Administração ativa.

⁸³ No mesmo sentido a objeção de Álvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero (2012, p. 126).

Eduardo Gualazzi (1986, p. 89, 100-5), de sua parte, entende que o contencioso administrativo, na concepção formal, se refere à jurisdição especializada distinta e independente tanto da Administração ativa quanto do Poder Judiciário⁸⁴. Em sentido material, parece corresponder aos litígios que são passíveis de análise por aquela jurisdição.

É essa posição mais restritiva que será aqui adotada, a qual se identifica com o sistema de jurisdição dupla.⁸⁵

Esse sistema foi elaborado e aperfeiçoado na França, e pressupõe a independência entre as autoridades administrativa e judicial. O poder judicial não tem a possibilidade de intervir na função administrativa, e nem a Administração tem influência sobre aquele (CAETANO, 1977, p. 486).

Pode ser assim definido:

“Jurisdição dupla” ou “duplicidade de jurisdição” consiste no sistema de distribuição de justiça que credencia todo um aparelhamento, paralelo, mas inconfundível com o Poder Judiciário, encarregado de julgar litígios em que a administração, em matéria administrativa, é parte adversa do administrado, porfiando ambos a respeito de assunto administrativo (GUALAZZI, 1986, p. 85).

Há razões históricas para o seu desenvolvimento. A partir do século XV, a França passou a ter parlamentos provinciais, que funcionavam como tribunais superiores regionais e órgãos de cada região, os quais ofereceriam resistência às tentativas dos reis de centralizar a justiça e impor a sua autoridade, sem contestação, sobre todo o território (CAETANO, 1977, p. 486-7). Esses parlamentos intervinham na administração, seja através de normas tendentes a acabar com abusos, seja por meio de censura às medidas administrativas editadas pelo monarca (MEDAUAR, 2012, p. 194).

Os reis, então, criaram órgãos novos que pudessem dar cumprimento às suas determinações, surgindo assim o Conselho do Rei e a rede de intendentes locais. Tratava-se de uma Administração alinhada com os interesses da Coroa, que deixava para os tribunais uma atuação voltada principalmente para a tutela dos interesses privados (CAETANO, 1977, p. 487).

⁸⁴ A Administração é gênero que tem como espécies a Administração ativa e a Administração contenciosa, sendo esta identificada com o contencioso administrativo (GUALAZZI, 1986, p. 89).

⁸⁵ Odete Medauar (2012, p. 188-9) também discorre sobre diversas acepções para o termo “contencioso administrativo”, sendo a mais restrita a mesma adotada neste estudo.

Essa situação foi considerada pelos doutrinários da Revolução Francesa com adequada ao princípio da separação dos poderes (CAETANO, 1977, p. 487). De acordo com Jean Rivero, a jurisdição administrativa teve apoio em tal princípio, mas com a interpretação de acordo com uma tradição. Efetivamente, o poder de julgar deve ser separado do poder executante, a fim de que seja garantida a liberdade dos cidadãos (Montesquieu). Daí pode-se depreender que o julgamento dos litígios contra a Administração não deve ser feito pela própria Administração; por outro lado, esse controle externo também pode ser compreendido como uma ingerência na atividade administrativa, comprometendo a função do poder executante. A tradição de intervenção e de oposição dos parlamentos, em conflito com a administração real, acabou levando os revolucionários franceses a adotar a segunda interpretação (GUALAZZI, 1986, p. 27-28).

Foi editada, assim, a Lei 16-24 de agosto de 1.790, com a seguinte estipulação no Título II, art. 13:

As funções judiciárias são distintas e permanecem sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, de modo algum, as operações dos corpos administrativos, nem citar perante si os administradores em razão do exercício de suas funções (GUALAZZI, 1986, p. 30).⁸⁶

De modo crítico, Gustavo Binenbojm (2008, p. 13) sustenta que o pensamento dos revolucionários contrariou a “noção intuitiva de que ninguém é bom juiz de si mesmo”. Ainda que tivesse apoio formal na tese que “julgar a Administração ainda é administrar”, não tinha nenhuma preocupação com as garantias dos cidadãos. Na verdade, objetivava impedir que a hostilidade dos tribunais judiciais contra a Revolução Francesa contaminasse o novo regime a ser instaurado.

Dessa forma, a referência ao princípio da separação de poderes teria sido apenas um subterfúgio para imunizar a atividade administrativa de um controle

⁸⁶ Destaca-se também o Decreto de 16 frutidor do ano III: “Proibições iterativas são feitas aos tribunais de conhecer atos de administração de qualquer espécie, sob as penas de Direito”. (GUALAZZI, 1986, p. 30; MEDAUAR, 2012, p. 194). Há, ainda, um decreto editado em 22 de dezembro de 1789: “As administrações de departamentos e distritos não poderão ser perturbadas no exercício de suas funções administrativas por nenhum ato do poder judiciário” (MEDAUAR, 2012, p. 194).

judicial, aumentando a liberdade decisória da Administração. A Revolução, sob esse aspecto, nada inovou em relação ao regime anterior (BINENBOJM, 2008, p. 13)⁸⁷.

Seja como for, o fato é que as razões históricas que explicam o nascimento do contencioso administrativo francês não mais existem. Mesmo assim, o sistema continuou a existir, assentado em motivos técnicos de especialização e melhor coordenação do serviço público (FAGUNDES, 2010, p. 153).

É de se ressaltar, a propósito, a evolução da atuação do Conselho de Estado francês. Inicialmente, elaborava pareceres para que o soberano resolvesse os litígios com justiça, período chamado de justiça retida. Depois, os pareceres tornaram-se obrigatórios (justiça delegada), até que, com a Lei de 24 de maio de 1872, foi reconhecido o poder de decidir litígios sem necessidade de homologação pelo governo (justiça própria). Formou-se, então, uma verdadeira jurisdição independente do Poder Judiciário (vale dizer, um contencioso administrativo), com órgãos de julgamento gozando das mesmas garantias desse Poder (CAETANO, 1977, p. 488; MEDAUAR, 2012, p. 194).

A jurisdição administrativa francesa somente teve reconhecimento constitucional no final do século XX, através de duas decisões do Conselho Constitucional. A sua independência e especialização foi considerada “um princípio fundamental reconhecido pelas leis da República” (MEDAUAR, 2012, p. 195).

Uma das vantagens do sistema de jurisdição dupla diz respeito à especialização dos julgadores no tocante à matéria litigiosa e aos problemas da Administração. O Conselho de Estado da França, através de sua atuação, foi responsável pelo núcleo de muitos institutos do direito administrativo, e também ajudou a garantir direitos dos particulares diante da Administração. Uma desvantagem importante, por outro lado, é a delimitação das competências da jurisdição administrativa e da jurisdição comum, questão nem sempre clara e que, por isso mesmo, gera conflitos (MEDAUAR, 2012, p. 195-197).

⁸⁷ Semelhante é o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1977, p. 8): “Já na França, pátria de MONTESQUIEU, a interpretação da ideia de tripartição de poderes por ele engendrada foi distorcida devido a certas circunstâncias históricas que nos são transmitidas pelos próprios autores franceses. Sucede que a administração revolucionária desconfiava da justiça ordinária francesa, composta de magistrados que não estavam identificados com as causas burguesas. [...] Por este motivo, a administração revolucionária, dando uma interpretação que lhe era oportuna, retirou o controle da legalidade sobre os seus atos do Poder Judiciário francês, instituindo um autocontrole na Lei 28 pluviose do ano VIII. Justificaram os teóricos do que se convencionou chamar de sistema francês ter-se obtido, desta forma, uma absoluta independência entre os Poderes do Estado (o que nem historicamente foi verdade)”.

É de se notar que a vantagem da especialização não é obtida apenas com a duplicidade de jurisdições, pois a justiça administrativa pode ser exercida através de órgãos especializados integrantes do Poder Judiciário, o que caracteriza a jurisdição una (considerando-se o critério de classificação adotado nesse trabalho).⁸⁸ É o caso da Alemanha, por exemplo.⁸⁹

A expansão ou influência do modelo francês na organização institucional de outros países, portanto, não significa necessariamente a manutenção da dualidade de jurisdição.

2.3 SISTEMA DE JURISDIÇÃO UNA

Nesse sistema o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública é realizado pelos órgãos do Poder Judiciário (FAGUNDES, 2010, p. 145). Há, portanto, uma única jurisdição, ainda que o Poder Judiciário seja constituído de tribunais especializados, conforme a premissa antes adotada.

O modelo em exame teve origem na Inglaterra, podendo ser apontadas algumas razões para o seu surgimento e desenvolvimento: (i) a concepção, com base na separação de poderes, de que cabia ao Poder Judiciário a solução de todos os litígios; (ii) a influência de doutrina (posteriormente superada) que negava a existência de um direito administrativo inglês; (iii) a não adoção, conforme aduz José Cretella Junior, de um regime jurídico administrativo diferenciado do direito comum, de modo que a Administração colocava-se como parte litigante da mesma forma que o particular (GUALAZZI, 1986, p. 116-7).

A independência do Judiciário inglês foi conquistada em 1701, com o *Act of Settlement*, como resultado da gradual desconcentração dos poderes do Rei, em especial o poder de julgar. Tratava-se de uma conquista do povo contra o monarca (MEIRELLES, 1997, p. 51).⁹⁰

A jurisdição una foi adotada nos Estados Unidos e também influenciou os países sul-americanos (MEDAUAR, 2012, p. 200). Não é exclusiva, portanto, dos países que adotam o sistema do *common law*.

⁸⁸ Nesse sentido é o pensamento de Diogo de Figueiredo de Moreira Neto (1977, p. 68-69).

⁸⁹ O modelo alemão é explicitado por Eckart Hien (2006).

⁹⁰ Sobre a história da divisão de poderes políticos no mundo ocidental, fundamental é a obra de Cezar Saldanha Souza Junior (2002).

Apesar de não existir um contencioso administrativo, é interessante notar que, tanto no direito inglês quanto no direito norte-americano, existem vários órgãos judicantes administrativos destinados à solução de litígios, mais ou menos independentes do governo. As suas decisões, contudo, seriam quase sempre passíveis de revisão pelos tribunais judiciais, motivo pelo qual não restaria comprometido o princípio da unidade jurisdicional (GUALAZZI, 1986, p. 76-82).⁹¹

2.4 JURISDIÇÃO E PROCESSO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

2.4.1 A função jurisdicional

No Brasil, toda lesão ou ameaça a direito é passível de ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição.⁹² Logo, no ordenamento brasileiro foi adotado o sistema de jurisdição una, com a inafastabilidade do controle jurisdicional pelo Poder Judiciário (MEDAUAR, 2012, 201-2).

Pontes de Miranda (1960, p. 412), comentando o dispositivo análogo inserido na Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), refere que a formulação do “princípio da ubiquidade da justiça” constitui a “mais típica e a mais prestante criação de 1946”. Nenhuma lei poderá estabelecer a preclusão em processo administrativo, excluindo a apreciação judicial, se a coisa julgada constitui um direito individual. Mesmo que haja coisa julgada em matéria administrativa, é cabível o exame do da questão pelo Judiciário, nem que seja para verificar a sua efetiva ocorrência.

⁹¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 35-6) adota entendimento um pouco distinto: “Por outro lado, embora não exista na Inglaterra o contencioso administrativo, foi atribuída função judicial ou quase judicial a inúmeros órgãos administrativos, cujas decisões não podem, em geral, ser revistas pelos tribunais ordinários, com a agravante de que esses órgãos não têm as características de corpo judiciário que revestem os tribunais administrativos”. Sustenta a autora ter ocorrido o mesmo nos Estados Unidos: “O mesmo ocorreu nos Estados Unidos, onde inúmeros órgãos administrativos foram investidos de funções judiciais ou quase judiciais, para a solução de reclamações dos particulares contra o Estado, dos empregados contra os trabalhadores, sem as características essenciais dos tribunais ordinários e sem a possibilidade de revisão por estes últimos, a não ser sobre questões de direito”. Talvez esses limites sejam construídos também por uma política de autocontenção do próprio Poder Judiciário. Por outro lado, de acordo com Ernest Gellhorn e Ronald M. Levin (1997, p. 342-3), no final do século passado estaria havendo uma tendência de ampliação do controle judicial da administração nos Estados Unidos.

⁹² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Esclarece o jurista (1960, p. 410, 412) que o princípio poderia ser extraído das Constituições de 1891 e 1934 e do sistema jurídico, mesmo sem uma regra escrita. Contudo, o regime de 1937 a 1946 expôs as fragilidades de uma regra não escrita, justificando-se a precaução em se criar um dispositivo constitucional expresso. No mesmo sentido é o pensamento de Themístocles Cavalcanti (1958, p. 74-5), acrescentando que “certa legislação do regime da Constituição de 1937” excluída do exame judicial as providências nela contidas, sob o argumento de atender o interesse público.

Como o dispositivo constitucional de 1946 estabelecia a proteção judicial a direitos individuais, poderia escapar do exame judicial um misto de discricionariedades e arbítrios administrativos, concebidos dentro de um quadro de conveniência, oportunidade ou considerações de natureza técnica, desde que não fossem atingidos aqueles direitos (CAVALCANTI, 1958, 75). Apesar disso, conforme Pontes de Miranda (1960, p. 411), o controle judicial do sistema jurídico brasileiro já era tido como mais amplo do que o controle exercido em outros sistemas, inclusive o sistema estadunidense.

Apesar de não ser concebível um contencioso administrativo no País, nos moldes franceses, poder-se-ia entender, com algum esforço, que a Justiça Federal comum constitui um ramo especializado da justiça que trata de litígios administrativos,⁹³ haja vista a competência estabelecida no art. 109, I, da Constituição.⁹⁴

No Brasil também existem órgãos administrativos de julgamento, tais como o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o Conselho de Gestão da Previdência Complementar (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 177) e o Conselho de Recursos da Previdência Social (KEMMERICH, 2012, p.20-3). Não exercem, entretanto, verdadeira jurisdição, haja vista a possibilidade, em princípio, do controle judicial.

Ademais, prevalece no direito brasileiro o entendimento de que não é necessário o esgotamento da via administrativa para que eventual litígio seja submetido ao Poder Judiciário, diferentemente do que ocorre, por exemplo, na Alemanha. Nesse País o recurso administrativo prévio é obrigatório para a

⁹³ Nesse sentido também é o pensamento de Eduardo Gualazzi (1986, p. 151-3), embora sob a égide da Constituição anterior.

⁹⁴ “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

impugnação a uma decisão individual, ressalvados alguns casos específicos (MEDAUAR, 2012, p. 204).

Há, porém, exceções à regra da inexigibilidade de esgotamento da via administrativa: (i) no caso das ações que tratam da disciplina e das competições esportivas (art. 217, §§ 1º e 2º, da Constituição);⁹⁵ (ii) no caso das ações de mandado de segurança, quando o ato pode ser impugnado por recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução (art. 5º, I, da Lei 12.016/09);⁹⁶ (iii) para a interposição de reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal contra atos administrativos (art. 7º, § 1º, da Lei 11.417/06)⁹⁷ (MEDAUAR, 2012, p. 204-7).

Ressalvando-se a exceção prevista na própria Constituição (item “i”), as demais parecem não inibir totalmente o direito de ação, pois se referem ao manejo de remédios ou ações específicos, sem prejuízo da busca da tutela jurisdicional através de outros meios. Além disso, conforme Odete Medauar (2012, p. 204-6), a garantia da proteção judicial pode ser exercida mesmo sem o esgotamento das instâncias administrativas desportivas, nas hipóteses em que a lesão de direito não é ali evitável (ex.: necessidade de provimento urgente ou ausência de estruturação adequada). Com relação ao mandado de segurança, pode ser utilizado mesmo existindo previsão de recurso administrativo com efeito suspensivo, desde que esse recurso não tenha sido interposto pelo interessado.⁹⁸

⁹⁵ “Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: [...] § 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. § 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”.

⁹⁶ “Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução”.

⁹⁷ “Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. § 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”.

⁹⁸ Nesse sentido: “MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE DE LEGALIDADE DE ATO PRATICADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE RONDÔNIA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO EM LEI. CRITÉRIOS OBJETIVOS. ORDEM DENEGADA. I – O art. 5º, I, da Lei 12.016/2009 não configura uma condição de procedibilidade, mas tão somente uma causa impeditiva de que se utilize simultaneamente o recurso administrativo com efeito suspensivo e o mandamus. II – A questão da legalidade do exame psicotécnico nos concursos públicos reveste-se de relevância jurídica e ultrapassa os interesses subjetivos da causa. III – A exigência de exame psicotécnico, como requisito ou condição necessária ao acesso a determinados cargos públicos, somente é possível, nos termos da Constituição Federal, se houver lei em sentido material que expressamente o autorize, além de previsão no edital do certame. IV – É necessário um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos critérios que

No que diz respeito ao requerimento administrativo prévio, o Supremo Tribunal Federal já assentou a sua exigência no tocante à postulação de benefício previdenciário, conforme já referido. Cumpre destacar, ainda, que o prévio requerimento administrativo é exigido expressamente pelo art. 8º da Lei 9.507/97,⁹⁹ que trata do *habeas data* (MEDAUAR, 2012, p. 207).

Por outro lado, impende ressaltar a amplitude que tem sido dada ao controle jurisdicional, a qual pode ser sintetizada na lição de Odete Medauar (2012, p. 213):

Hoje, indubitavelmente, no ordenamento pátrio, a legalidade administrativa assenta em bases mais amplas do que no passado, e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e jurisprudência antes de outubro de 88. Significativo, nessa linha, trecho do voto do Min. Celso de Mello no MS 20.999, julgado pelo STF em 21.03.1990: “É preciso evoluir cada vez mais no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo” (RDA 179-180/117, jan.-jun. 1990). Mais recentemente, revela-se emblemático, na matéria, o acórdão no REsp 440.502/SP, rel. Min. Herman Benjamin, sobre direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade. No item 7 figura o seguinte texto: “No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso”.

Como se pode observar, há suporte doutrinário e jurisprudencial para uma atuação bastante vigorosa do Poder Judiciário no Brasil. As “faixas de insindicabilidade” dos outros Poderes tornaram-se menos nítidas, com redução do espaço para a discricionariedade e para as opções políticas puras, e o consequente aumento do universo dos atos vinculados, tudo a possibilitar um maior controle judicial dos atos do poder público (MANCUSO, 2011, p. 90).¹⁰⁰

nortearão a avaliação psicotécnica. A ausência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o acesso à tutela jurisdicional para a verificação de lesão de direito individual pelo uso desses critérios V - Segurança denegada”. (STF, MS 30822, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012).

⁹⁹ “Art. 8º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda. Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova: I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão”.

¹⁰⁰ “O mérito – núcleo do ato –, antes intocável, passa a sofrer a incidência direta dos princípios constitucionais. Deste modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em

A intervenção judicial é exacerbada, muitas vezes, pela própria postura da Administração, que comodamente deixa a desejar na prevenção ou solução de litígios, aguardando uma solução do Poder Judiciário. O cumprimento ineficiente e insatisfatório da função administrativa acaba fomentando a judicialização dos conflitos e o próprio ativismo judicial (MANCUSO, 2011, p. 99-101).

Transparece, aqui, a importância do processo administrativo. São oportunas as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso (2011, p. 254-5, 264), ainda que tenham um enfoque um pouco distinto:

O vexo da judicialização pronta e acabada de qualquer conflito, sem prévia passagem por agentes, órgãos ou instâncias capazes de recepcioná-los, resolvê-los ou ao menos depurá-los, levando-os a um razoável ponto de maturação, é uma prática que, além de insuflar a notória crise numérica de processos, ainda traz de volta o risco de *efeitos sistêmicos* (porventura indesejados, mas inevitáveis), projetados por certas decisões judiciais, mormente aquelas incidentes em questões ligadas às políticas públicas.

[...]

O que ora vem se expondo serve a demonstrar que: (i) a Justiça estatal e os chamados *equivalentes jurisdicionais* não são autoexcludentes, mas, ao contrário, podem e devem interagir e se completar mutuamente, cabendo aos meios alternativos um relevante papel, seja resolvendo os conflitos, seja ao menos depurando-os, por modo a levá-los a um ponto de maturação que facilite o ulterior trâmite judicial, sendo o caso; (ii) a concepção da distribuição da Justiça monopolizada pelo Estado é não só defasada como também falaciosa e utópica, dada a notória incapacidade estrutural do Judiciário para *acompanhar* o crescimento da demanda, notando-se, ademais, que têm sido baldadas as tentativas, assim de *filtrar* o acesso à justiça, inflado pela explosão da litigiosidade, como de empregar estratégias calcadas em critério meramente quantitativo (incremento do *output* de processos por meio de mutirões, julgamentos em bloco, trancamento *ab initio* de ações e de recursos), o que apenas faz projetar nos jurisdicionados uma falsa expectativa de resolução tempestiva dos conflitos, a engendrar de per si novas frustrações e acirramento de animosidades, num perverso círculo vicioso. [grifos do autor]

Evidenciada a contribuição que a Administração pode dar para a mudança desse cenário, cabe analisar agora alguns aspectos relevantes do processo administrativo.

2.4.2 Notas acerca do processo administrativo

2.4.2.1 Processo e procedimento

uma *escala decrescente* de densidade normativa vinculativa: a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); c) atos vinculados por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares)". (BINENBOJM, 2008, p. 209-210) [grifos do autor].

Alberto Xavier (1976, p. 15-21), defendendo uma “noção ampla de processo” (que não se limita à atividade jurisdicional),¹⁰¹ o define como sendo “a sucessão ordenada de formalidades tendentes à formação ou à execução de uma vontade funcional”. Ainda conforme o mencionado jurista (1976, p. 23-33), o fenômeno processual ocorre em vários setores da atuação jurídica do Estado, havendo correlação com a função estatal exercida e o ato produzido. Assim, pode-se falar em processo legislativo, processo jurisdicional e processo administrativo.

Admitindo-se aqui que o processo não é exclusivo da função jurisdicional, resta verificar se há alguma distinção entre processo e procedimento no exercício da função administrativa.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 495-6), a sequência de atos administrativos conectados entre si e tendentes a um resultado final caracteriza um processo, sendo o procedimento a “modalidade ritual” desse processo. Entretanto, o referido jurista optou por utilizar o termo *procedimento* como sinônimo de *processo*, pois o primeiro vocábulo tem utilização mais comum no direito administrativo brasileiro, sendo o segundo reservado apenas para os casos de natureza contenciosa em que há um “julgamento” pela Administração.

É de se notar, a propósito, que Hely Lopes Meirelles (1997, p. 592) chama de processos administrativos “impropriamente ditos” os expedientes que não tratam de alguma controvérsia entre os interessados, melhor identificados como procedimentos administrativos. Entretanto, o problema de se atribuir a natureza de processo apenas à sequência de atos destinados a compor interesses contrapostos é a possível supressão de garantias processuais em outras hipóteses em que elas se mostram importantes, como nos casos de pretensões ampliativas de direito ou declaratórias, nas quais não há necessariamente um conflito de interesses (FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 51).¹⁰²

De modo aparentemente menos restritivo, Odete Medauar (2008, p. 43) sustenta que o processo é procedimento (sucessão de atos relacionados ente si que preparam um ato final) qualificado pela cooperação de interessados, “sob o prisma

¹⁰¹ Odete Medauar (2008, p. 15-26) também defende a ideia de uma “processualidade ampla”, citando vários juristas que sustentam essa tese, dentre eles o próprio Alberto Xavier.

¹⁰² A crítica dos autores citados foi dirigida especificamente à construção de Bernardo Strobel Guimarães, que parece semelhante à de Hely Lopes Meirelles.

do contraditório”.¹⁰³ Conforme a autora (2007, p. 162), no processo há vínculos jurídicos entre os participantes, os quais englobam direitos, deveres, faculdades e poderes.

Dessa forma, o processo administrativo pode surgir de uma reação contra um ato estatal (potencial ou efetivo) que atinja a propriedade e a liberdade de alguém,¹⁰⁴ pode decorrer de uma pretensão do interessado ao reconhecimento de um direito ou de um interesse, ou pode estar relacionado com a colaboração do particular na elaboração de atos normativos (MOREIRA, 2010, p. 72-4).

Em resumo, pode-se dizer que o processo administrativo é um “procedimento em contraditório” (MAFFINI, 2006, p. 141).¹⁰⁵

2.3.2.2 O valor do processo administrativo

Como já se viu, o processo no âmbito da Administração é um importantíssimo instrumento no combate à judicialização exacerbada da atividade administrativa. Talvez o princípio da inafastabilidade da jurisdição tenha deixado em segundo plano – de modo indevido – a preocupação com a questão processual,¹⁰⁶ mas não é possível que o juiz subsitua a função do administrador. Com efeito, a atividade jurisdicional deve ser subsidiária ou residual (MANCUSO, 2011, p. 214).

¹⁰³ “É essencial que ao interessado ou acusado seja dada a possibilidade de produzir suas próprias razões e provas e, mais que isso, que lhe seja dada a possibilidade de examinar e contestar os argumentos, fundamentos e elementos probantes que lhes sejam desfavoráveis. [...] Nos seus desdobramentos contenciosos, pode-se afirmar que o contraditório é, em realidade, um feixe de direitos: o *direito de informação* sobre o objeto do processo, seu curso e os elementos dele constantes; o *direito de manifestação*, representado pela garantia conferida ao interessado de pronunciar-se sobre tudo que se produz no processo; o *direito de ter seus argumentos levados em consideração*, de maneira completamente isenta de parte do julgador [...]” (FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 113-5) [grifos dos autores].

¹⁰⁴ Aqui parece que o exercício da função administrativa pode ocorrer sem um contraditório inicial, caracterizando nessa fase um procedimento administrativo que se converte em processo num momento posterior. Um exemplo dessa situação é o auto de infração relativo a multas de trânsito. A apuração da infração e a respectiva autuação são realizadas através de um procedimento, iniciando-se um processo administrativo com a notificação do suposto infrator (FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 55).

¹⁰⁵ Não é necessário que, na prática, haja o contraditório. É suficiente a possibilidade do seu exercício (e também da ampla defesa), bem como a potencialidade de influência na decisão administrativa a ser tomada (FERRAZ, DALLARI, 2012, p. 49). No âmbito do processo civil também se verifica a caracterização do processo como um procedimento em contraditório (FAZZALARI, 1975, p. 28-31; OLIVEIRA; MITIDIERO, 2012, p. 100-2).

¹⁰⁶ Egon Bockman Moreira (2010, p. 71-2) explica que a antiga concepção da uma Administração unilateral e impositiva fazia prevalecer o ato administrativo em detrimento do processo, o que não é mais admissível na atualidade.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 502-6), o processo é o meio hábil ao controle da produção das decisões da Administração, cada vez mais relevantes com o aumento das ingerências no Estado na sociedade. Objetiva a garantia dos direitos dos administrados, permitindo controles internos prévios, e não apenas depois de proferida a decisão. Além disso, possibilita o conhecimento de aspectos relevantes suscitados pelos interessados, nem sempre percebíveis espontaneamente, o que ajuda a busca da solução mais adequada.

Desse entendimento não destoam Sérgio Ferraz e Adilson Dallari (2012, p. 31), os quais, com apoio em Niklas Luhmann, acrescentam que o processo administrativo torna viável a ação administrativa justa.

Odete Medauar (2008, p. 64-74), de modo minucioso, elenca diversas finalidades do processo na esfera administrativa, as quais estão intimamente relacionadas: (i) garantia dos administrados, consubstanciada na tutela de direitos passíveis de serem atingidos pelo ato administrativo e também na tutela de direitos fundamentais; (ii) aprimoramento do conteúdo das decisões, diante da contribuição do particular no esclarecimento dos fatos (iii) aumento da eficácia das decisões, que ficam mais suscetíveis de cumprimento diante da oportunidade de participação e da audiência do interessado; (iv) legitimação do poder, exercido de modo não unilateral e opressivo; (v) correção no desempenho da função, pois a autoridade administrativa tem a possibilidade de conhecer melhor os ângulos da questão posta sob análise; (vi) promoção da justiça na Administração, especialmente ao reconhecer os direitos dos cidadãos, afastando a ideia de que a justiça somente pode ser obtida no Poder Judiciário; (vii) aproximação entre a Administração e os cidadãos, rompendo-se com a oposição entre interesse público e interesse privado; (viii) sistematização de atuações administrativas, porquanto racionaliza o exercício da função, facilitando ao particular os pleitos perante o poder público; (ix) facilitação do controle por parte da sociedade e do próprio Poder Judiciário, a partir do conhecimento da forma como atua a Administração; (x) aplicação das regras e princípios comuns da atividade administrativa, que podem ser melhor concretizados através da forma processual de atuação.

Apesar desses nobres objetivos, e também da menção expressa ao processo administrativo no art. 5º, LV, da Constituição (rol de direitos e garantias

fundamentais),¹⁰⁷ somente no final do século passado foi editada uma lei geral do processo administrativo no âmbito federal, a Lei 9.784/99.¹⁰⁸ Na mesma época foram editadas diversas leis estaduais, como a Lei Complementar 33/96 (Sergipe), a Lei 10.177/98 (São Paulo), a Lei 14.184/02 (Minas Gerais), dentre outras (MAFFINI, 2006, p. 138).

Essa carência de disciplina normativa “representou expressivo vetor de reforço da autocracia burocrática quando em face dos reclamos da coletividade”. Via de consequência, “a Administração sempre se considerou senhora e dona do processo administrativo, decidindo, a seu talante, quando e como instaurá-lo, seu *iter*, a dimensão da atividade dos administrados em seu bojo, sua publicidade ou reserva etc.” (FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 23).¹⁰⁹

Nesse contexto, é inegável a relevância da novel legislação. O grande desafio é a sua concretização. Como bem salienta Carlos Ari Sundfeld (2011, p. 12), já existe base retórica e técnica para incluir-se o processo administrativo na vida

¹⁰⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁰⁸ Antes da referida Lei alguns diplomas disciplinavam processos administrativos específicos, tais como o Decreto 70.235/72 (processo administrativo fiscal), a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei 8.666/93 (Licitações e Contratos) e a Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais). A codificação do processo administrativo já havia sido sugerida por Themístocles Brandão Cavalcanti em 1938 (MEDAUAR, 2008, p. 195). É dele a seguinte manifestação: “Já sugerimos uma vez esta Codificação por meio de uma aplicação ao processo administrativo dos princípios gerais do direito processual, mas com as particularidades que fazem do direito processual administrativo, na feliz observação de A. MERKL, um direito especial, com peculiaridades inconfundíveis, principalmente quando se trata da chamada administração ativa, mais afastada dos princípios gerais do processo contencioso ou contraditório. Mas, de qualquer forma, o que se visa com a Codificação é a segurança das partes, a economia, a celeridade, a simplificação do processo, expurgando de informações e termos inúteis, geralmente dados por funcionários sem o necessário preparo e sem a responsabilidade exigida para o perfeito esclarecimento da verdade. Apresenta-se, por isso mesmo, o processo administrativo, como um terreno adequado para a Codificação, e certos disso, tentamos reunir em um texto único as normas gerais do processo administrativo, em um anteprojeto sujeito à apreciação e revisão dos doutos nessa matéria. A sugestão não teve o efeito desejado, não obstante a importância da matéria que mereceria amplo debate, inclusive no terreno doutrinário, repetindo-se entre nós o que já se fez em outros países” (CAVALCANTI, 1964, p. 538).

¹⁰⁹ É dos mesmos autores (2012, p. 23) a seguinte assertiva: “É quase um escândalo (com vênias pela utilização da palavra, de sabor bem pouco jurídico) que date de 1999 a primeira lei federal geral de processo administrativo!”. Aline Machado Weber (2014, p. 7), por sua vez, assevera: “O paradigma da Administração Pública brasileira, conquanto se insira no tipo ideal conformado pelo Estado Democrático de Direito, sofreu influxos voltados para a eficiência somente a partir da reforma gerencial promovida pela Emenda Constitucional n.º 19/98. Até [...] pouco mais de uma década, a autarquia previdenciária, como de resto a Administração Pública em geral, ainda não tinha bem definidos os contornos da procedimentalização de seus atos e a necessidade de fundamentação adequada de suas decisões. A despeito da previsão constitucional das garantias do cidadão em qualquer processo, a regulamentação do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal somente se deu com o advento da Lei n.º 9.784/99”.

jurídica do Brasil, mas ainda é necessário que a Administração viva essa questão de modo mais profundo.

O controle jurisdicional certamente contribui para condicionar a Administração a observar o devido processo legal, mas esse controle parece ser mais efetivo quando a ação administrativa invade a esfera jurídica do particular, atingindo a sua liberdade ou o seu patrimônio. Veja-se, a propósito, o teor de súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal que tratam de preceitos do processo administrativo:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão (súmula vinculante 3, julgada em 30/05/2007).

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição (súmula vinculante 5, julgada em 07/05/2008).

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo (súmula vinculante 21, julgada em 29/10/2009).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, destaca-se a seguinte Súmula: “No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração” (súmula 312, julgada em 11/05/2005).

Por outro lado, quando se trata de prestações requeridas perante a Administração – como no caso das prestações previdenciárias –, eventual inobservância das regras de processo administrativo pode acabar sendo relevada na esfera judicial, já que o juiz tende a decidir a questão analisando o próprio direito material supostamente violado (reconhecendo, se for o caso, o direito a um benefício).

O problema já foi constatado por Savaris (2012, p. 154-6), ao abordar o processo administrativo previdenciário:

Muitas vezes somos conduzidos em nossas ações por um excessivo pragmatismo. No processo previdenciário, prefere-se geralmente solucionar o problema imediato e agudo do beneficiário a trazer a Administração com seus desvios estruturais para as raias do Estado Democrático de Direito.

Não importa que o processo administrativo se apresente como uma sequência de atos infensa ao Direito, desde que, ao fim e ao cabo, o indeferimento administrativo seja formalizado. Há uma cultura imprópria de que o Judiciário é o campo adequado para a obtenção da devida cobertura previdenciária. A entidade administrativa responsável pela gestão da Previdência Social é percebida muitas vezes como obstáculo à prestação previdenciária que se pretende. [...]

Somente após um devido processo legal administrativo que se coroa com uma decisão com fundamentação clara, precisa e congruente –, é que, a rigor, poderia o Judiciário exercer sua missão constitucional de aquilatar a legalidade da atuação administrativa quanto ao indeferimento do benefício.

Após discorrer acerca da necessidade de o Judiciário identificar nulidades processuais administrativas,¹¹⁰ ao invés de determinar a concessão de benefícios mesmo quando presentes tais nulidades, o mencionado autor (2012, p. 156) reconhece:

Essa medida talvez não vá ao encontro do interesse imediato da parte que

- i) presumivelmente se encontra destituída de meios de subsistência;
- ii) foi agravada com o indeferimento administrativo que coroou um processo administrativo nulo; e
- iii) simplesmente não empresta fé em uma resposta administrativa favorável. Mas, na verdade, não há garantia de que judicialmente o conflito seja composto de modo mais adequado, especialmente em termos de tempo. Parece ser mesmo uma questão de credibilidade institucional¹¹¹.

Na prática, quando se trata da atuação do Estado-amigo (ou Administração-amiga),¹¹² há uma propensão a não se fazer o controle judicial da legalidade do processo administrativo. Não há, em geral, interesse do administrado em conduzir a demanda judicial suscitando nulidades eventualmente praticadas pela Administração, já que tais nulidades restam supridas com a instrução e a decisão do processo judicial.

Essa circunstância pode propiciar algum descaso – ainda que involuntário – com a observância do devido processo administrativo, já que muitas vezes essa questão não é objeto de controle judicial. Tudo indica que o cuidado com a regularidade processual depende muito mais da iniciativa da própria Administração.

¹¹⁰ Semelhante é o pensamento de Aline Weber (2014, p. 17).

¹¹¹ Cumpre destacar que a falta de credibilidade institucional do INSS decorre também do ativismo judicial, o que colabora, como já se disse, para uma presunção de ilegitimidade dos atos administrativos previdenciários.

¹¹² A expressão é utilizada por Paulo Bonavides (2013, p. 393): “Com o Estado Social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade”.

De todo modo, o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário não impede que a justiça concreta também seja buscada na esfera administrativa, sendo o processo administrativo um relevante instrumento para a realização desse objetivo.

Feitas essas considerações, abre-se o caminho para a análise das questões relativas à justiça previdenciária, o que será feito nos capítulos seguintes.

3 MODELO ATUAL DE JUSTIÇA PREVIDENCIÁRIA

3.1 PROCESSO ADMINISTRATIVO

De acordo com o Decreto 7.556/11, o INSS é estruturado – em linhas gerais – da seguinte forma: (i) administração central, dirigida por um presidente; (ii) unidades desconcentradas, compostas por superintendências regionais, gerências executivas e agências da previdência social (APS). As agências destinam-se ao atendimento dos cidadãos e subordinam-se às gerências executivas, as quais, por sua vez, subordinam-se às superintendências regionais. A relação de subordinação é definida conforme a localização (área territorial) das unidades.

No âmbito do INSS, o processo administrativo é regulado especialmente pelo Capítulo XIV da Instrução Normativa INSS/PRES 77/15. Compreende quatro fases específicas: inicial, instrutória, decisória e recursal.

Conforme o artigo 659 do aludido ato normativo, no processo devem ser observados os seguintes preceitos:

Art. 659. Nos processos administrativos previdenciários serão observados, entre outros, os seguintes preceitos:

I - presunção de boa-fé dos atos praticados pelos interessados;

II - atuação conforme a lei e o Direito;

III - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes e competências, salvo autorização em lei;

IV - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

V - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

VI - condução do processo administrativo com a finalidade de resguardar os direitos subjetivos dos segurados, dependentes e demais interessados da Previdência Social, esclarecendo-se os requisitos necessários ao benefício ou serviço mais vantajoso;

VII - o dever de prestar ao interessado, em todas as fases do processo, os esclarecimentos necessários para o exercício dos seus direitos, tais como documentação indispensável ao requerimento administrativo, prazos para a prática de atos, abrangência e limite dos recursos, não sendo necessária, para tanto, a intermediação de terceiros;

VIII - publicidade dos atos praticados no curso do processo administrativo restrita aos interessados e seus representantes legais, resguardando-se o sigilo médico e dos dados pessoais, exceto se destinado a instruir processo judicial ou administrativo;

IX - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

X - fundamentação das decisões administrativas, indicando os documentos e os elementos que levaram à concessão ou ao indeferimento do benefício ou serviço;

XI - identificação do servidor responsável pela prática de cada ato e a respectiva data;

- XII - adoção de formas e vocabulário simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos usuários da Previdência Social, evitando-se o uso de siglas ou palavras de uso interno da Administração que dificultem o entendimento pelo interessado;
- XIII - compartilhamento de informações com órgãos públicos, na forma da lei;
- XIV - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- XV - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XVI - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; e
- XVII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Como se pode observar, as regras de atuação da autarquia previdenciária objetivam o melhor atendimento aos administrados, ainda que, na prática, esse ideal ainda não tenha sido alcançado. De todo modo, há um notório esforço no sentido de se dar mais legitimidade aos atos administrativos.

3.1.1 Fase inicial

O processo pode ter início através de requerimento do interessado ou terceiro legitimado, bem como por iniciativa da própria Administração. O requerimento é feito nos canais de atendimento do INSS, quais sejam, a Internet (portal www.previdenica.gov.br),¹¹³ o telefone (central de teleatendimento 135) e as Agências da Previdência Social.

Pelos canais remotos ocorre o agendamento do atendimento a ser realizado nas agências, formando-se assim uma fila virtual. Ainda assim, pode ocorrer atendimento espontâneo, com o comparecimento direto nas unidades do INSS. Não há delimitação territorial de competência para o atendimento, de modo que o segurado pode escolher ser recebido em qualquer APS, independentemente do local onde reside.

De regra, o requerimento deve ser instruído com a documentação necessária ao devido processamento do pedido. Entretanto, a falta de

¹¹³ Nesse portal constam informações pormenorizadas sobre benefícios, serviços e atendimento.

documentação não deve impedir o recebimento do pedido e formalização do processo, devendo a questão ser solucionada na fase instrutória.¹¹⁴

3.1.2 Fase de instrução

Os requerimentos normalmente são instruídos com documentos de identificação, procuração (se for o caso), carteiras de trabalho, carnês de contribuição (no caso de contribuinte individual/facultativo), certidões diversas (nascimento, casamento, óbito, tempo de contribuição), formulários padronizados destinados à demonstração da atividade especial, documentação comprobatória do exercício de atividade rural, atestado de recolhimento à prisão, dentre outros. Tudo depende, evidentemente, da espécie de benefício postulado.

Alguns benefícios exigem exame pericial de responsabilidade do INSS (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente, pensão destinada a dependente inválido), sendo usualmente apresentado pelo segurado, no momento da perícia, atestados médicos e exames. Também são analisados pelos médicos peritos da autarquia os formulários e laudos relativos à atividade especial, pois tratam de ambiente laboral nocivo à saúde, além de outros documentos que exijam a análise técnica desses profissionais.

A fim de auxiliar na instrução do feito, o INSS dispõe de banco de dados relativo ao histórico laboral e contributivo dos segurados (Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS) e também de sistema com informações sobre benefícios concedidos e requeridos. A autarquia pode expedir ofícios a outros órgãos públicos e empresas, além de realizar diligência (chamada de pesquisa externa) para confirmar alguma informação duvidosa contida na documentação apresentada. A necessidade de complementação dos documentos pelo interessado é manifestada através de carta de exigências, sendo concedido prazo para atendimento.

Observados os dispositivos regulamentares (Decreto 3.048/99),¹¹⁵ existe a possibilidade de realização de justificação administrativa. Trata-se de instrumento

¹¹⁴ Nesse sentido o artigo 176 do Decreto 3.048/99: “Art. 176. A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício”.

¹¹⁵ “Art. 142. A justificação administrativa constitui recurso utilizado para suprir a falta ou insuficiência de documento ou produzir prova de fato ou circunstância de interesse dos beneficiários, perante a previdência social. § 1º Não será admitida a justificação administrativa quando o fato a comprovar

destinado a suprir falta ou insuficiência de documentação, oportunidade em que o interessado apresenta testemunhas para corroborar as suas alegações. É comum a utilização de tal procedimento para comprovar o exercício de atividade rural, atividade urbana, a existência de união estável, bem como relação de dependência econômica, hipóteses em que a instauração só ocorre quando há início de prova material.

A prova do exercício de atividade rural tem bastante relevância, uma vez que, tratando-se de período anterior à vigência da atual lei de benefícios, o tempo de atividade sem contribuições é computado como tempo de contribuição. (artigo 55, § 2º, da Lei 8.213/91).¹¹⁶ Além disso, há uma categoria específica de segurado –

exigir registro público de casamento, de idade ou de óbito, ou de qualquer ato jurídico para o qual a lei prescreva forma especial. § 2º O processo de justificação administrativa é parte de processo antecedente, vedada sua tramitação na condição de processo autônomo. Art. 143. A justificação administrativa ou judicial, no caso de prova exigida pelo art. 62, dependência econômica, identidade e de relação de parentesco, somente produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal. § 1º No caso de prova exigida pelo art. 62 é dispensado o início de prova material quando houver ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito. § 2º Caracteriza motivo de força maior ou caso fortuito a verificação de ocorrência notória, tais como incêndio, inundação ou desmoronamento, que tenha atingido a empresa na qual o segurado alegue ter trabalhado, devendo ser comprovada mediante registro da ocorrência policial feito em época própria ou apresentação de documentos contemporâneos dos fatos, e verificada a correlação entre a atividade da empresa e a profissão do segurado. § 3º Se a empresa não estiver mais em atividade, deverá o interessado juntar prova oficial de sua existência no período que pretende comprovar. § 4º No caso dos segurados empregado doméstico e contribuinte individual, após a homologação do processo, este deverá ser encaminhado ao setor competente de arrecadação para levantamento e cobrança do crédito. Art. 144. A homologação da justificação judicial processada com base em prova exclusivamente testemunhal dispensa a justificação administrativa, se complementada com início razoável de prova material. Art. 145. Para o processamento de justificação administrativa, o interessado deverá apresentar requerimento expondo, clara e minuciosamente, os pontos que pretende justificar, indicando testemunhas idôneas, em número não inferior a três nem superior a seis, cujos depoimentos possam levar à convicção da veracidade do que se pretende comprovar. Parágrafo único. As testemunhas, no dia e hora marcados, serão inquiridas a respeito dos pontos que forem objeto da justificação, indo o processo conclusivo, a seguir, à autoridade que houver designado o processante, a quem competirá homologar ou não a justificação realizada. Art. 146. Não podem ser testemunhas: I - os loucos de todo o gênero; II - os cegos e surdos, quando a ciência do fato, que se quer provar, dependa dos sentidos, que lhes faltam; III - os menores de dezesseis anos; e IV - o ascendente, descendente ou colateral, até o terceiro grau, por consangüinidade ou afinidade. Art. 147. Não caberá recurso da decisão da autoridade competente do Instituto Nacional do Seguro Social que considerar eficaz ou ineficaz a justificação administrativa. Art. 148. A justificação administrativa será avaliada globalmente quanto à forma e ao mérito, valendo perante o Instituto Nacional do Seguro Social para os fins especificamente visados, caso considerada eficaz. Art. 149. A justificação administrativa será processada sem ônus para o interessado e nos termos das instruções do Instituto Nacional do Seguro Social. Art. 150. Aos autores de declarações falsas, prestadas em justificações processadas perante a previdência social, serão aplicadas as penas previstas no art. 299 do Código Penal. Art. 151. Somente será admitido o processamento de justificação administrativa na hipótese de ficar evidenciada a inexistência de outro meio capaz de configurar a verdade do fato alegado, e o início de prova material apresentado levar à convicção do que se pretende comprovar”.

¹¹⁶ “Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado: [...] § 2º O tempo

segurado especial – que tem acesso a determinados benefícios de valor mínimo igualmente sem contribuições, desde que demonstre o desempenho de atividade rural ou pesqueira de subsistência, em regime de economia familiar (artigo 11, VII, e artigo 39, ambos da Lei 8.213/91).¹¹⁷ Para a aferição da efetiva atividade rural, o INSS também realiza entrevista específica com o requerente.

Não é difícil ocorrer o desinteresse do interessado (ou de seu procurador) com relação à instrução do processo administrativo, deixando de juntar documentos importantes para o deslinde do feito ou de dar atendimento às exigências estabelecidas pelo poder público. Costuma-se chamar essa situação de “indeferimento forçado”, para que seja então buscada a tutela jurisdicional, onde a instrução processual será levada mais a sério.

Vários motivos podem levar à busca pelo indeferimento forçado: descrédito quanto à atuação administrativa, ciência de que o direito postulado é duvidoso, discordância com relação às exigências realizadas pela Administração, possibilidade de maior remuneração do procurador com a concessão judicial do benefício postulado (levando-se em conta a racionalidade econômica, é natural e esperado esse tipo de comportamento).

de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento”.

¹¹⁷ “Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: [...] VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: 1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; 2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida; b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo. § 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.[...] Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão: I - de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, e de auxílio-acidente, conforme disposto no art. 86, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido; ou II - dos benefícios especificados nesta Lei, observados os critérios e a forma de cálculo estabelecidos, desde que contribuam facultativamente para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social. Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício”.

Uma vez encerrada a instrução, inclusive pelo não atendimento de exigências realizadas pela autarquia, tem início a fase decisória.

3.1.3 Fase decisória

Nesse momento processual cabe à autoridade administrativa analisar as provas produzidas e proferir decisão, constituída de relatório, motivação e conclusão. A Administração deve orientar o interessado quanto ao melhor benefício a que ele faz jus, ou facultar a ele a opção pelo benefício que entender mais apropriado, independentemente da espécie de prestação requerida no pedido inicial. Além disso, caso os requisitos para o deferimento do pedido sejam cumpridos no curso do processo, é possível a reiteração do pedido nos mesmos autos (considerada nova data de requerimento para efeitos financeiros), sem necessidade de novo processo.

3.1.4 Fase recursal

A fase recursal é disciplinada especialmente pelo Decreto 3.048/99 e pelo Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), aprovado pela Portaria MPS 548/11. Trata-se de colegiado que integra a estrutura do Ministério da Previdência Social (MPS), composto por 29 juntas de recursos, 4 câmaras de julgamento e 1 Conselho Pleno.

O CRPS é presidido por um representante do governo, que também preside o Conselho Pleno, o qual é composto pelos membros titulares das câmaras de julgamento. As câmaras de julgamento e as juntas de recursos são compostas, cada uma, de 4 conselheiros, sendo dois representantes do governo (um deles o presidente do órgão julgador), um representante dos trabalhadores e um representante das empresas. Os conselheiros têm mandato de 2 anos, sendo permitida a recondução.¹¹⁸

¹¹⁸ Decreto 3.048/99: "Art. 303. O Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, colegiado integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social, é órgão de controle jurisdicional das decisões do INSS, nos processos referentes a benefícios a cargo desta Autarquia. § 1º O Conselho de Recursos da Previdência Social compreende os seguintes órgãos: I - vinte e nove Juntas de Recursos, com a competência para julgar, em primeira instância, os recursos interpostos contra as decisões prolatadas pelos órgãos regionais do INSS, em matéria de interesse de seus beneficiários; II - quatro Câmaras de Julgamento, com sede em Brasília, com a competência para julgar, em segunda instância, os recursos interpostos contra as decisões proferidas pelas Juntas de Recursos

Antes do início da fase recursal propriamente dita, há uma peculiaridade relativa ao benefício de auxílio-doença, prevista nos artigos 304 e 305 da Instrução Normativa INSS/PRES 77/15: a possibilidade de o segurado apresentar pedido de reconsideração, no prazo de 30 dias, através do qual é realizado novo exame médico pericial. O pedido de reconsideração é cabível quando: (i) o requerimento é indeferido; (ii) o benefício é cessado, haja vista a constatação da recuperação da capacidade laboral; (iii) o pedido de prorrogação do benefício é negado, mantendo-se a data de cessação antes fixada.

Das decisões de indeferimento proferidas pelo INSS (inclusive indeferimento de pedidos de reconsideração) cabe recurso ordinário, no prazo de 30 dias, que deve ser julgado por uma das juntas de recurso do CRPS. O INSS também tem prazo de 30 dias para oferecer contrarrazões, oportunidade em que pode revisar a sua decisão, reconhecendo o direito postulado.¹¹⁹ Podem ser juntadas novas provas com o recurso.

Uma vez remetida a documentação ao órgão julgador, este pode converter o julgamento em diligência, caso entenda necessária alguma providência adicional, devolvendo o processo ao INSS para atendimento, no prazo de 30 dias,

que infringirem lei, regulamento, enunciado ou ato normativo ministerial; IV - Conselho Pleno, com a competência para uniformizar a jurisprudência previdenciária mediante enunciados, podendo ter outras competências definidas no Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social. § 2o O CRPS é presidido por representante do Governo, com notório conhecimento da legislação previdenciária, nomeado pelo Ministro de Estado da Previdência Social, cabendo-lhe dirigir os serviços administrativos do órgão. § 5o O mandato dos membros do Conselho de Recursos da Previdência Social é de dois anos, permitida a recondução, atendidas às seguintes condições: I - os representantes do Governo são escolhidos entre servidores federais, preferencialmente do Ministério da Previdência Social ou do INSS, com curso superior em nível de graduação concluído e notório conhecimento da legislação previdenciária, que prestarão serviços exclusivos ao Conselho de Recursos da Previdência Social, sem prejuízo dos direitos e vantagens do respectivo cargo de origem; II - os representantes classistas, que deverão ter escolaridade de nível superior, exceto representantes dos trabalhadores rurais, que deverão ter nível médio, são escolhidos dentre os indicados, em lista triplíce, pelas entidades de classe ou sindicais das respectivas jurisdições, e manterão a condição de segurados do Regime Geral de Previdência Social; e III - o afastamento do representante dos trabalhadores da empresa empregadora não constitui motivo para alteração ou rescisão contratual”.

¹¹⁹ Decreto 3.048/99: “Art. 305. Das decisões do INSS nos processos de interesse dos beneficiários caberá recurso para o CRPS, conforme o disposto neste Regulamento e no regimento interno do CRPS. § 1º É de trinta dias o prazo para interposição de recursos e para o oferecimento de contrarrazões, contados da ciência da decisão e da interposição do recurso, respectivamente. § 3o O Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Previdenciária podem reformar suas decisões, deixando, no caso de reforma favorável ao interessado, de encaminhar o recurso à instância competente. § 4º Se o reconhecimento do direito do interessado ocorrer na fase de instrução do recurso por ele interposto contra decisão de Junta de Recursos, ainda que de alçada, ou de Câmara de Julgamento, o processo, acompanhado das razões do novo entendimento, será encaminhado: I - à Junta de Recursos, no caso de decisão dela emanada, para fins de reexame da questão; ou II - à Câmara de Julgamento, se por ela proferida a decisão, para revisão do acórdão, na forma que dispuser o seu Regimento Interno”.

prorrogáveis por igual período. O órgão julgador também dispõe de assistência técnica médica, para auxiliar no julgamento de questões reativas a benefícios por incapacidade ou a enquadramento de atividade especial. Durante o processamento do recurso, o INSS pode rever a decisão recorrida, hipótese que caracteriza reconhecimento do pedido recursal.

Os órgãos julgadores podem relevar eventual intempestividade recursal, uma vez constatado inequivocamente o direito alegado. Dos acórdãos proferidos pelas juntas de recurso cabe recurso especial às câmaras de julgamento, exceto no tocante aos julgados fundamentados exclusivamente em matéria médica, quando há convergência com o entendimento dos médicos peritos do INSS, e no tocante aos julgados que tratam sobre reajustamento de benefícios em manutenção.

O recurso especial devolve à instância superior o conhecimento integral da causa, tendo efeito suspensivo se interposto tempestivamente. O INSS também pode interpor recurso especial, quando se tratar de: (i) violação de decreto, lei ou portaria ministerial; (ii) divergência de súmula ou de parecer do Advogado-Geral da União, editado conforme a Lei Complementar 73/93;¹²⁰ (iii) divergência de pareceres da Consultoria Jurídica do MPS ou da Procuradoria Federal Especializada do INSS, aprovados pelo Procurador-Chefe; (iv) divergência de enunciados do Conselho Pleno do CRPS; (v) divergência entre os laudos da assistência técnica médica e os laudos dos peritos lotados no INSS; (vi) existência de vício insanável. Assim como as juntas de recursos, as câmaras de julgamento também podem solicitar diligências ao INSS (conversão do julgamento em diligência), e submeter as questões pertinentes à assistência técnica médica.

As divergências acerca de questões de direito, existentes entre acórdãos das câmaras de julgamento, ou entre estes e as resoluções do Conselho Pleno, e as divergências entre acórdãos das juntas de recurso (nos casos de sua competência

¹²⁰ “Art. 39. É privativo do Presidente da República submeter assuntos ao exame do Advogado-Geral da União, inclusive para seu parecer. Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. § 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência. Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República. Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas”.

exclusiva, em que não cabe o recurso especial), ou entre estes e as resoluções do Conselho Pleno, permitem o manejo de pedido de uniformização, dirigido ao referido Conselho, no prazo de 30 dias. O julgamento do pedido de uniformização pode resultar na emissão de enunciado com força vinculante a todos os conselheiros (quando há aprovação por maioria absoluta) ou resultar na emissão de resolução para o caso concreto (quando há aprovação por maioria simples).

O Conselho Pleno também pode uniformizar em tese (sem referência a um caso específico) a jurisprudência administrativa previdenciária, através de enunciados com força vinculante aos conselheiros.

Impende referir, ainda, que é possível a interposição de reclamação junto ao Conselho Pleno, quando ocorrer inobservância dos pareceres da Consultoria Jurídica do MPS, aprovados pelo Ministro de Estado da Previdência Social, e dos pareceres do Advogado-Geral da União, conforme a Lei Complementar 73/93, ou ainda a inobservância aos enunciados daquele próprio Conselho.

Na hipótese de o interessado ajuizar ação judicial durante a fase recursal administrativa, versando sobre objeto idêntico ao do processo administrativo, tem-se configurada a renúncia do direito de recorrer para o CRPS, com a desistência de eventual recurso já interposto.¹²¹ O problema é que nem sempre essa informação é conhecida na instância administrativa.

Ainda que o processo administrativo tenha seguimento, o resultado da ação judicial, em princípio, acaba prevalecendo, já que tem força de coisa julgada entre as partes. Entretanto, no caso de improcedência do pedido judicial, a solução deve ser diversa. A sentença de improcedência não tem o efeito de proibir a instância administrativa de analisar a questão (inclusive porque as provas produzidas podem ser distintas), limitando-se a declarar que o INSS não tem a obrigação de acolher o pleito autoral (KEMMERICH, 2012, p. 40-1).

Não se verifica ofensa à coisa julgada quando uma decisão administrativa acolhe o pedido e diverge da solução judicial, uma vez que a situação equivale a uma transação entre as partes. A Administração, na hipótese, tem poderes para transigir, ou seja, poderes para reconhecer o direito pleiteado, sempre dentro dos

¹²¹ Artigo 126, § 3º, da Lei 8.213/91: “Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento. [...] § 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto”.

limites da lei. Por outro lado, a sentença de improcedência também pode acarretar a revisão da decisão administrativa eventualmente já proferida, se houver fundamento para tanto, respeitado o prazo decadencial de 10 anos (KEMMERICH, 2012, p. 41-2).¹²²

A revisão de ofício dos acórdãos proferidos pelo CRPS é feita pelos próprios órgãos julgadores, observada a decadência, cabendo ao INSS cumprir os julgados, ainda que não concorde com o seu teor.¹²³

Destaca-se, por fim, a implantação do processo eletrônico de recursos de benefícios, sistema informatizado que tende a facilitar os trâmites processuais e o acesso ao conteúdo das demandas.¹²⁴

3.2 PROCESSO JUDICIAL

Apesar de amplas possibilidades de discussão administrativa, existe ainda a via judicial disponível ao interessado. O ajuizamento da ação judicial pode ocorrer após a decisão do INSS, após o julgamento do recurso pelo CRPS, ou durante o trâmite de recurso administrativo (restando, em regra, prejudicado esse recurso).

Além do ativismo judicial existente no campo previdenciário, circunstância que motiva a procura pelo Poder Judiciário, a excessiva litigiosidade talvez também decorra da cultura jurídica que prevalece no Brasil. A formação dos operadores do direito é essencialmente voltada para o conflito, notadamente no âmbito judicial. O processo civil e o processo penal são matérias muito estudadas nas faculdades de direito, ficando extremamente valorizada a habilidade nas lides forenses, em detrimento de uma atividade mais consultiva, ou de uma atuação extrajudicial. A própria conciliação aparenta ter mais legitimidade quando homologada por um juiz,

¹²² Artigo 103-A da Lei 8.213/91: “Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”.

¹²³ Artigo 307, § 2º do Decreto 3.048/99: “Art. 307. [...] § 2º É vedado ao INSS escusar-se de cumprir as diligências solicitadas pelo CRPS, bem como deixar de dar cumprimento às decisões definitivas daquele colegiado, reduzir ou ampliar o seu alcance ou executá-las de modo que contrarie ou prejudique seu evidente sentido”.

¹²⁴ Artigo 1º da Portaria Conjunta INSS/CRPS 6/10: “Art. 1º Fica criado o Comitê Gestor do processo eletrônico de recursos de benefícios da Previdência Social, com as finalidades de gerir as demandas de evolução do sistema e-Recursos e de colaborar com a Administração no objetivo de atingir grau de excelência no serviço do contencioso administrativo do qual o sistema é instrumento”.

como se a composição de interesses não pudesse ter solução igualmente eficaz em outra esfera.¹²⁵

Nesse contexto, a propositura de ação judicial tende a ser mais valorizada, tanto pelo advogado quanto pelo seu constituinte, sendo compreensível uma preferência pela utilização da via judicial, ainda que no âmbito recursal administrativo pudesse ser obtido resultado prático semelhante.

3.2.1 Competência para julgamento das ações previdenciárias

Conforme o artigo 109 da Constituição,¹²⁶ compete à justiça federal comum o julgamento das ações ajuizadas contra o INSS, exceto no que diz respeito às causas relativas a acidente de trabalho, que são julgadas pela justiça estadual. Quando não há sede da justiça federal no domicílio do autor, a ação contra o INSS não acidentária – originariamente de competência do juízo federal – também pode ser interposta perante o juízo estadual (jurisdição delegada). Nessa hipótese, o recurso é julgado pelo Tribunal Regional Federal da região onde se localiza o foro estadual.

A jurisdição delegada permite facilitar o acesso do cidadão à justiça, haja vista a interiorização alcançada pela justiça estadual, notadamente à época da constituinte. Trata-se de uma opção do segurado ou dependente, já que ele pode também ajuizar a demanda no juízo federal, abrindo mão da jurisdição delegada (SAVARIS, 2012, p. 345-6).

No âmbito da justiça federal, há de se destacar também a existência dos juizados especiais federais, criados pela Lei 10.259/01.¹²⁷ Extrai-se do artigo 3º da

¹²⁵ Essas questões são abordadas e estudadas por Rodolfo de Camargo Mancuso (2011).

¹²⁶ “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...] § 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual. § 4º - Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau”.

¹²⁷ “Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais

referida Lei que esses juizados têm competência absoluta para julgar as causas previdenciárias cujo valor não supera 60 salários mínimos, excetuando-se mandados de segurança. O valor da causa é apurado computando-se as parcelas vencidas dos benefícios somadas a 12 parcelas vincendas,¹²⁸ podendo a parte renunciar ao valor excedente a 60 salários mínimos (AMADO, 2014, p. 699).

As ações que tramitam nos juizados especiais federais não são necessariamente menos complexas, apesar do rito mais célere, que privilegia a conciliação e a oralidade (SAVARIS, 2012, p. 362-3). Segundo Antônio César Bochenek e Márcio Augusto Nascimento (2014, p. 241), os juizados receberam, em 2004, quase o dobro de demandas distribuídas nas outras varas da Justiça Federal.

A parte, para fugir da competência absoluta dos juizados, tem cumulado o pedido de prestação previdenciária com danos morais contra o INSS, aumentando assim o valor da causa (AMADO, 2014, p. 700). Também é possível postergar o

homogêneos; II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais; III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal; IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares. § 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, caput. § 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta”.

¹²⁸ Nesse sentido: “PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL COMUM E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS. APLICAÇÃO DO ART. 260 DO CPC C/C O ART. 3º, § 2º, DA LEI 10.259/2001 PARA A FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA E, CONSEQUENTEMENTE, DA COMPETÊNCIA. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM FEDERAL. ANULAÇÃO DE SENTENÇA DE MÉRITO PROFERIDA PELO JUÍZO TIDO POR INCOMPETENTE. ART. 122, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. 1. O art. 3º, caput, da Lei nº 10.259/2001 define a competência dos juizados especiais federais para toda demanda cujo valor da ação não ultrapasse 60 (sessenta) salários-mínimos. De acordo com § 2º do dispositivo mencionado, quando a demanda tratar de prestações vincendas, o valor de doze prestações não poderá ser superior ao limite fixado no caput. 2. Todavia, na hipótese do pedido englobar prestações vencidas e vincendas, há neste Superior Tribunal entendimento segundo o qual incide a regra do art. 260 do Código de Processo Civil, que interpretado conjuntamente com o mencionado art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001, estabelece a soma da prestações vencidas mais doze parcelas vincendas, para a fixação do conteúdo econômico da demanda e, consequentemente, a determinação da competência do juizado especial federal. 3. De se ressaltar que a 2ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação, suscitou o presente conflito de competência, sem antes anular a sentença de mérito proferida pelo juízo de primeira instância, o que, nos termos da jurisprudência desta Corte, impede o seu conhecimento. 4. Todavia, a questão posta em debate no presente conflito de competência encontra-se pacificada no âmbito Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, esta Casa, em respeito ao princípio da celeridade da prestação jurisdicional, tem admitido a anulação, desde logo, dos atos decisórios proferidos pelo juízo considerado incompetente, remetendo-se os autos ao juízo declarado competente, nos termos do art. 122, caput, e parágrafo único, do Código de Processo Civil. 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara Previdenciária da Seção Judiciária de São Paulo, ora suscitado, anulando-se a sentença de mérito proferida pelo juízo especial federal de primeira instância” (STJ, CC 91.470/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 13/08/2008).

ajuizamento da ação judicial, de modo a aumentar o montante relativo às parcelas vencidas (SAVARIS, 2012, p. 361).

O processamento das demandas previdenciárias, notadamente na Justiça Federal, se dá normalmente de modo eletrônico. A Lei 11.419/06, a propósito, dispõe sobre a informatização do processo judicial.

As principais ações previdenciárias são as seguintes: (i) ação de concessão de benefício; (ii) ação de revisão de benefício (revisão do ato de concessão, com alteração da renda mensal inicial ou da data de início do benefício; revisão de reajustamento do benefício); (iii) ação de restabelecimento de benefício ou de restabelecimento da renda mensal; (iv) ação de manutenção de benefício ou de manutenção da renda mensal; (v) ação de cancelamento de benefício (disputa entre pretendentes à pensão por morte, por exemplo) (SAVARIS, 2012, p. 179-85).

A justiça federal é organizada de modo a especializar os órgãos julgadores na matéria previdenciária, pois boa parte das demandas trata especificamente desse assunto. Na justiça estadual, pelo menos no que tange à jurisdição delegada, não se verifica (em regra) tal especialização.

De modo geral, e sem preocupação com conceitos específicos do processo civil, pode-se dizer que as ações judiciais previdenciárias seguem dois tipos de procedimentos: o procedimento comum e o procedimento dos juizados especiais. É pertinente a exposição de algumas questões relativas a cada um desses procedimentos.

3.2.2 Procedimento comum

Entende-se como procedimento comum aquele que trata do trâmite processual das ações previdenciárias na justiça federal, quando as causas têm valor que ultrapassa 60 salários mínimos, e na justiça estadual (jurisdição originária ou delegada).

As ações relativas a benefícios previdenciários normalmente são acompanhadas do processo administrativo ou de parte dele, conforme interesse da parte autora. Também é possível a juntada de outros documentos que não foram objeto da análise administrativa, seja porque a parte não foi devidamente orientada pelo INSS ou pelo seu procurador quanto à instrução do processo administrativo, seja porque tem interesse em ver a questão resolvida na esfera judicial

(indeferimento administrativo forçado). De todo modo, sendo a documentação decisiva para o deslinde da causa, talvez a demanda judicial pudesse ter sido evitada.

Tem sido aceita a fungibilidade do pedido nas demandas previdenciárias, principalmente quando se trata de benefícios por incapacidade, afastando-se certo rigor processual quanto a essa questão.¹²⁹ Os benefícios de espécies distintas (auxílio-acidente, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez) podem ser agrupados pela natureza comum ou pelos requisitos semelhantes – a redução da capacidade para o trabalho ou a inexistência dessa capacidade (SAVARIS, 2012, p. 70).¹³⁰

A fungibilidade tem dois efeitos bastante importantes: (i) o objeto da ação judicial não precisa ser idêntico ao objeto do requerimento administrativo, até porque o INSS deve garantir ao segurado o melhor benefício; (ii) a sentença que defere benefício distinto do pleiteado não caracteriza decisão *ultra petita* ou *extra petita* (SAVARIS, 2012, p. 70-71).

Assim, se a parte pede um benefício de auxílio-doença, é possível – com base na prova produzida – a concessão de um auxílio-acidente ou de uma aposentadoria por invalidez, mesmo que não tenha ocorrido requerimento expresso nesse sentido. Até porque o quadro clínico pode ser alterado no curso do processo (RUBIN, 2014, p. 132-3).

Há tendência de a fungibilidade ser considerada em sentido mais amplo, abrangendo inclusive benefícios essencialmente distintos.¹³¹ Ao que tudo indica,

¹²⁹ Art. 460 do Código de Processo Civil: “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

¹³⁰ Lei 8.213/91: “Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição. [...] Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. [...] Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia”.

¹³¹ “PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO. DECISÃO EXTRA PETITA NÃO CONFIGURADA. APOSENTADORIA POR IDADE. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. PRECEDENTES. 1. Em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido. Precedentes. 2. O Tribunal a quo reformou a sentença que havia concedido à autora o benefício de aposentadoria por invalidez. Considerando a perda dessa qualidade e a implementação

tudo depende da existência ou não de prejuízo à defesa do INSS, o que é verificado em cada caso.¹³²

Por outro lado, se o benefício postulado é um benefício por incapacidade decorrente de acidente de trabalho, nem sempre a aplicação da fungibilidade é possível. Nessa hipótese, a competência – definida pelo pedido e seu fundamento – é da justiça estadual, de modo que, se não restar comprovado o nexo de causalidade com o trabalho, não há como o juiz da causa acolher a pretensão, deferindo um benefício por incapacidade não acidentário, ainda que presentes os requisitos para tanto.¹³³

de outros requisitos, lhe foi deferida a aposentadoria por idade, nos termos da Lei n. 10.666/03, a contar de 24.07.2008. Agravo regimental improvido”. (STJ, AgRg no AREsp 574.838/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/10/2014); “PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL EM PENSÃO POR MORTE. ATO DE CONVERSÃO DEFERIDO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO. ÓBITO DO SEGURADO APÓS PROLAÇÃO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. O STJ tem entendimento consolidado de que, em matéria previdenciária, deve flexibilizar-se a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido. 2. Reconhecido o direito à aposentadoria especial ao segurado do INSS, que vem a falecer no curso do processo, mostra-se viável a conversão do benefício em pensão por morte, a ser paga a dependente do de cujus, na fase de cumprimento de sentença. Assim, não está caracterizada a violação dos artigos 128 e 468 do CPC. 3. Recurso especial conhecido e não provido” (STJ, REsp 1426034/AL, Rel. Ministro Mauro Campbel Marques, Segunda Turma, julgado em 05/06/2014).

¹³² “PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO. DECISÃO EXTRA PETITA. OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE BENEFÍCIO FULCRADO EM FATO DIVERSO DO ALEGADO NA INICIAL. PREJUÍZO À DEFESA. 1. A jurisprudência desta Corte entende que não há nulidade quando o magistrado, verificando o cumprimento dos requisitos necessários, concede benefício diverso do pretendido na inicial. 2. Contudo, nos casos em que o benefício deferido não é diverso do requerido e que a concessão opera-se com fulcro em fato distinto daquele aventado na inicial, há de se reconhecer a violação aos limites da lide, com manifesto prejuízo à defesa. 3. Agravo regimental provido” (STJ, AgRg no REsp 1019779/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 02/12/2014).

¹³³ “APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. INSS. ACIDENTE DE TRABALHO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ADEQUAÇÃO DO POSTULADO NA INICIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE PROVA DO NEXO CAUSAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. I- Possibilidade de adequação do pedido formulado na inicial. Precedentes da Câmara. II- A demandante, na inicial, narra a ocorrência de acidente em ambiente de trabalho que teria lhe prejudicado o joelho e a incapacitado para o trabalho. Todavia, acosta documentação acerca de dificuldade visual que lhe impediria de exercer as atividades habituais. III- Não tendo a parte autora desincumbindo-se do ônus que lhe cabia, no sentido de provar a existência do acidente de trabalho causador das lesões incapacitantes, descabe o pedido de concessão de auxílio-acidente. Incidência do art. 333, I, do Código de Processo Civil. Precedentes. Ainda que esta apresente comprometimento funcional, com prejuízo das funções habituais, de forma irreversível, não se caracteriza o nexo de causalidade entre o acidente narrado e os prejuízos suportados pela demandante. IV- Não se está a desconsiderar a incapacidade da parte autora decorrente do problema visual que restou periciado nos autos, mas que, não se funda na causa de pedir do pleito de concessão de benefício. Em a discussão se centrando na incapacidade visual da autora, o benefício passaria a ser de natureza previdenciária, deslocando a competência para a Justiça Federal. V- Dado provimento ao recurso interposto pelo INSS, com o consequente julgamento de improcedência da demanda previdenciária ajuizada, julgo prejudicado o

É bastante comum a tutela de urgência, com base no caráter alimentar dos benefícios e na sua destinação à subsistência dos segurados ou dependentes (SAVARIS, 2012, p. 327). O deferimento do pedido liminar – antes mesmo da instrução processual ou da ouvida do INSS – se verifica com mais frequência no que tange a benefícios por incapacidade, notadamente quando há atestados médicos particulares contrários ao entendimento médico do INSS. A alegada impossibilidade de trabalhar torna ainda mais relevante a percepção imediata do benefício, por não haver – ao menos em princípio – outra fonte de rendimentos.

Parece não ser muito relevante o número de perícias médicas realizadas no âmbito administrativo (requerimentos consecutivos, pedidos de reconsideração e recursos). Havendo atestados médicos particulares em sentido contrário, existe a chance de ocorrer a implantação liminar do benefício por incapacidade, sobretudo com apoio no “princípio in dubio pro misero”.¹³⁴

Uma vez deferida a tutela de urgência, a demora na tramitação do processo pode acarretar a continuidade do recebimento do benefício mesmo que tenha cessado a incapacidade outrora considerada. A própria parte interessada pode, inclusive, colaborar para essa morosidade, pois não há mais urgência no recebimento das prestações alegadamente devidas.

A revogação posterior da liminar – por ausência de direito ao benefício pleiteado – enseja a devolução dos valores pagos indevidamente, embora nem sempre isso seja possível, diante da situação financeira do devedor.¹³⁵

recurso adesivo interposto pela parte autora. APELO PROVIDO E RECURSO ADESIVO JULGADO PREJUDICADO, À UNANIMIDADE” (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível Nº 70023383185, Décima Câmara Cível, Relator: Maria José Schmitt Sant Anna, julgado em 17/02/2011). O problema da competência também se verifica quando a prova produzida na justiça federal indica que a incapacidade é causada pelo trabalho exercido pelo segurado.

¹³⁴ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL JUDICIAL. EXAMES E ATESTADOS PARTICULARES CONFLITANTES COM PERÍCIA AUTÁRQUICA. 1. Foram juntados aos autos exames e atestados particulares em dissonância com o resultado pericial da autarquia previdenciária. 2. A incapacidade é verificada mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social ou realizado por perito nomeado pelo juízo; o julgador, via de regra, firma sua convicção com base no laudo do expert, embora não esteja jungido à sua literalidade, sendo-lhe facultada ampla e livre avaliação da prova. 3. Havendo colisão entre o laudo administrativo e o do médico particular, impera o princípio ‘in dubio pro misero’” (TRF4, AG 0006173-03.2014.404.0000, Quinta Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, julgado em 21/01/2015).

¹³⁵ “PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. REVOGAÇÃO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR RECEBIDA DE BOA-FÉ PELA PARTE SEGURADA. REPETIBILIDADE. 1. Em 12.6.2013, a Primeira Seção, por maioria, ao julgar o REsp 1.384.418/SC, uniformizou o entendimento no sentido de que é dever do titular de direito patrimonial devolver valores recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada. Nesse caso, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até dez por cento da remuneração dos benefícios previdenciários recebidos pelo segurado, até a satisfação do crédito. 2. Os presentes embargos de

A defesa judicial do INSS (contestação), realizada por Procuradores Federais,¹³⁶ é baseada no exame do processo administrativo. Alguns juízes solicitam à autarquia previdenciária, inclusive, a juntada do aludido processo. No caso da

declaração merecem acolhida, tendo em vista que o novel entendimento conclamado pela Primeira Seção no julgamento do REsp 1.384.418/SC (acórdão ainda não publicado) é anterior ao julgamento destes autos, ocorrido na sessão de 26.6.2013. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes. Recurso especial do INSS provido” (STJ, EDcl no AgRg no AREsp 277.050/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/09/2013).

¹³⁶ Sobre a Procuradoria Geral Federal, destacam-se os artigos 9º e 10 da Lei 10.480/02: “Art. 9º É criada a Procuradoria-Geral Federal, à qual fica assegurada autonomia administrativa e financeira, vinculada à Advocacia-Geral da União. Parágrafo único. Incumbe à Advocacia-Geral da União a supervisão da Procuradoria-Geral Federal. Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial. § 1º No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento, à Procuradoria-Geral Federal aplica-se, no que couber, o disposto no art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. § 2º Integram a Procuradoria-Geral Federal as Procuradorias, Departamentos Jurídicos, Consultorias Jurídicas ou Assessorias Jurídicas das autarquias e fundações federais, como órgãos de execução desta, mantidas as suas atuais competências. § 3º Serão mantidos, como Procuradorias Federais especializadas, os órgãos jurídicos de autarquias e fundações de âmbito nacional. § 4º Serão instaladas Procuradorias Federais não especializadas em Brasília e nas Capitais dos Estados, às quais incumbirão a representação judicial e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos das entidades de âmbito local. § 5º Poderão ser instaladas Procuradorias Seccionais Federais fora das Capitais, quando o interesse público recomendar, às quais competirão a representação judicial de autarquias e fundações sediadas em sua área de atuação, e o assessoramento jurídico quanto às matérias de competência legal ou regulamentar das entidades e autoridades assessoradas. § 6º As Procuradorias Federais não especializadas e as Procuradorias Seccionais Federais prestarão assessoramento jurídico a órgãos e autoridades de autarquias e fundações de âmbito nacional localizados em sua área de atuação, que não disponham de órgão descentralizado da respectiva procuradoria especializada, e farão, quando necessário, a representação judicial dessas entidades. § 7º Quando o assessoramento jurídico de que trata o § 6º envolver matéria específica de atividade fim da entidade, que exija manifestação de procuradoria especializada, ou decisão de autoridade superior da entidade, o Chefe da Procuradoria Federal não especializada e o Procurador Seccional Federal encaminharão a matéria à correspondente Procuradoria Especializada. § 8º Enquanto não instaladas as Procuradorias Federais não especializadas e as Procuradorias Seccionais Federais as suas competências poderão ser exercidas pelos atuais órgãos jurídicos das autarquias e fundações de âmbito local, ou por Procuradoria especializada da Procuradoria-Geral Federal existente na localidade, ou por Procuradoria da União, quanto à representação judicial e, quanto ao assessoramento jurídico, por Núcleo de Assessoramento Jurídico da Consultoria-Geral da União. § 9º Em cada Procuradoria de autarquia ou fundação federal de âmbito nacional e nas Procuradorias Federais não especializadas haverá setor específico de cálculos e perícias, a ser instalado conforme a necessidade do serviço e a disponibilidade financeira. § 10. O Advogado-Geral da União indicará, para os fins desta Lei, as autarquias e fundações de âmbito nacional. § 11. As Procuradorias Federais não especializadas e as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados e as Procuradorias Seccionais Federais poderão assumir definitivamente as atividades de representação judicial e extrajudicial das autarquias e das fundações públicas federais de âmbito nacional. § 12. As Procuradorias Federais não especializadas e as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados e as Procuradorias Seccionais Federais poderão ainda centralizar as atividades de apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às atividades das autarquias e fundações públicas federais, incluindo as de âmbito nacional, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico delas derivadas. § 13. Nos casos previstos nos §§ 11 e 12 deste artigo, as respectivas autarquias e fundações públicas federais darão o apoio técnico, financeiro e administrativo à Procuradoria-Geral Federal até a sua total implantação”.

justiça federal, os juízes têm acesso aos sistemas informatizados do INSS, com informações sobre contribuições, vínculos e benefícios recebidos pelo interessado.

A instrução processual é realizada de acordo com a natureza do benefício pleiteado. Nos casos de benefícios por incapacidade, é quase sempre decisiva para a solução da controvérsia a realização de perícia judicial,¹³⁷ a ser realizada por profissional médico nomeado pelo magistrado (SAVARIS, 2012, p. 221-2).¹³⁸ As partes podem formular quesitos e indicar assistentes técnicos, sendo que a perícia é realizada no consultório particular do perito ou na sede do órgão judiciário.

Às vezes, mais de uma perícia médica é realizada, dependendo das enfermidades alegadas pelo interessado. É possível ser constatada incapacidade de natureza distinta da alegada, ou superveniente ao indeferimento administrativo. Ainda que essa circunstância possa demonstrar a correção da atividade administrativa, é provável o acolhimento da pretensão autoral, uma vez preenchidos os requisitos previstos para a concessão do benefício pleiteado:

É preciso reconhecer a existência de interesse de agir para ações de concessão ou restabelecimento de benefício por incapacidade ainda quando a parte alega, em juízo, patologia distinta daquela identificada na esfera administrativa e mesmo que a perícia judicial aponte que o início dessa patologia ocorreu em período posterior ao encerramento do processo administrativo.

O fundamento para esse posicionamento encontra-se não apenas nas ideias de acesso à justiça, instrumentalidade do processo e a presumível necessidade e desconhecimento dos segurados da Previdência Social. Trata-se de uma questão de primazia da realidade sobre a forma, isto é, a circunstância de uma determinada patologia não haver sido formalmente consignada pelo médico da Previdência Social não significa que ele não a tenha identificado.

O que importa é definir a relação jurídica de proteção social e, neste sentido, a existência de indeferimento administrativo ou de cessação de benefício é o quanto basta para que o juiz, de boa mente, responda ao pleito de tutela jurisdicional de inegável relevância social (SAVARIS, 2012, p. 191-2).

¹³⁷ Não obstante, a controvérsia pode estar centrada não propriamente na existência de incapacidade, mas em outro requisito para a concessão do benefício. A condição de segurado especial, por exemplo, exige a comprovação do exercício de atividade rural ou pesqueira de subsistência, em regime de economia familiar.

¹³⁸ Embora tratando dos Juizados Especiais Federais, e de um modelo específico de realização de perícias, Antônio Cesar Bochenek e Márcio Augusto Nascimento (2014, p. 158) demonstram como a escolha do perito pode, em alguma medida, beneficiar uma das partes: “Ainda, procura-se evitar que a nomeação de peritos com diferenças muito gritantes de interpretação possa prejudicar o segurado que for destinado a um médico mais rígido nomeado pelo juiz de uma determinada vara, enquanto outro segurado que, com o mesmo grau de doença, é examinado por um médico mais liberal, indicado por outro juiz, beneficia-se. Situação injusta onde dois segurados com a mesma doença, no mesmo estágio de desenvolvimento, podem ter resultados de julgamentos opostos”.

Também a perícia é deferida nos feitos em que se discute a atividade especial, quando a parte interessada não dispõe dos formulários comprobatórios previstos em lei ou impugna o conteúdo desses formulários. Aqui o magistrado costuma nomear como perito um engenheiro de segurança do trabalho, sendo aceita, inclusive, perícia em empresa similar, quando já extinta a empresa onde o interessado trabalhou:

Nada obstante as exigências legais para o enquadramento da atividade especial, a comprovação da natureza especial da atividade pode se dar por qualquer meio de prova. Na hipótese de a empresa empregadora não mais existir ou então recusar-se a entregar ao trabalhador a documentação necessária (formulário de declaração da atividade especial, laudo técnico ambiental ou PPP), a comprovação pode ser feita pelas anotações na Carteira de trabalho e Previdência Social – CTPS e mediante prova pericial em estabelecimento similar. Em alguns casos, nem mesmo a prova testemunhal deve ser desconsiderada para a comprovação de fatos que venham a confortar a alegação do trabalho em condições especiais. É impensável a recusa de reconhecimento à natureza especial porque a empresa se nega ou não mais é encontrada para declarar, em formulário próprio, as condições de trabalho do segurado. É uma questão de primazia da realidade sobre a forma (SAVARIS, 2012, p. 241-2).¹³⁹

Quando se trata de discussão sobre cálculo da renda do benefício, normalmente o juízo conta com o auxílio da própria contadoria do foro. Como os

¹³⁹ “PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. SÚMULA 284/STF. CÔMPUTO DE TEMPO ESPECIAL. PROVA TÉCNICA. PERÍCIA POR SIMILARIDADE. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE PROVIDO. 1. Em preliminar, cumpre rejeitar a alegada violação do art. 535 do CPC, porque desprovida de fundamentação. O recorrente apenas alega que o Tribunal a quo não cuidou de atender o prequestionamento, sem, contudo, apontar o vício em que incorreu. Recai, ao ponto, portanto, a Súmula 284/STF. 2. A tese central do recurso especial gira em torno do cabimento da produção de prova técnica por similaridade, nos termos do art. 429 do CPC e do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/1991. 3. A prova pericial é o meio adequado e necessário para atestar a sujeição do trabalhador a agentes nocivos à saúde para seu enquadramento legal em atividade especial. Diante do caráter social da previdência, o trabalhador segurado não pode sofrer prejuízos decorrentes da impossibilidade de produção da prova técnica. 4. Quanto ao tema, a Segunda Turma já teve a oportunidade de se manifestar, reconhecendo nos autos do Recurso Especial 1.397.415/RS, de Relatoria do Ministro Humberto Martins, a possibilidade de o trabalhador se utilizar de perícia produzida de modo indireto, em empresa similar àquela em que trabalhou, quando não houver meio de reconstituir as condições físicas do local onde efetivamente prestou seus serviços. 5. É exatamente na busca da verdade real/material que deve ser admitida a prova técnica por similaridade. A aferição indireta das circunstâncias de labor, quando impossível a realização de perícia no próprio ambiente de trabalho do segurado é medida que se impõe. 6. A perícia indireta ou por similaridade é um critério jurídico de aferição que se vale do argumento da primazia da realidade, em que o julgador faz uma opção entre os aspectos formais e fáticos da relação jurídica sub judice, para os fins da jurisdição. 7. O processo no Estado contemporâneo tem de ser estruturado não apenas consoante as necessidades do direito material, mas também dando ao juiz e à parte a oportunidade de se ajustarem às particularidades do caso concreto. 8. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido” (STJ, REsp 1370229/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/02/2014).

cálculos muitas vezes são complexos, os juízes estaduais – usualmente não especializados em causas previdenciárias – determinam a realização de perícia contábil.

O tempo rural e o tempo urbano são comprovados principalmente por documentos, corroborados, se necessário, por prova testemunhal. As testemunhas também são relevantes para demonstrar a relação de dependência e a existência de união estável, nos casos de pensão por morte.

Na instrução também pode haver expedição de ofício judicial para terceiros (empresas e hospitais, por exemplo), solicitando documentos e informações.

Proferida a sentença de procedência do pedido, após cognição exauriente, mostra-se mais pertinente a tutela de urgência. Ainda mais com o entendimento de que – no que concerne à obrigação de implantar um benefício (obrigação de fazer) – a decisão tem caráter mandamental e deve ser cumprida imediatamente, independentemente de execução (SAVARIS, 2012, p. 334).

Os principais recursos cabíveis são disciplinados no Código de Processo Civil atualmente vigente, destacando-se os seguintes: o agravo (de instrumento ou retido), contra decisões interlocutórias;¹⁴⁰ a apelação, contra sentença;¹⁴¹ o recurso especial, cabível quando se quer uniformizar a interpretação da legislação federal dada por tribunais diferentes ou quando há contrariedade a lei federal; e o recurso extraordinário, cabível quando há violação de dispositivo constitucional ou quando é decretada a inconstitucionalidade de lei federal.¹⁴² Os recursos das decisões de primeira instância são julgados pelos tribunais de justiça (competência originária da

¹⁴⁰ Artigo 522 do Código de Processo Civil: “Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

¹⁴¹ Artigo 513 do Código de Processo Civil: “Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)”.

¹⁴² Artigo 541, “caput”, do Código de Processo Civil: “Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão [...]”. Artigo 102, III, da Constituição: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”. Artigo 105, III, da Constituição: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

justiça estadual) e pelos tribunais regionais federais. Os recursos especial e extraordinário, interpostos contra acórdãos desses tribunais, são julgados, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁴³

Quanto à coisa julgada material, algumas considerações são pertinentes. A coisa julgada representa a “a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal” (PORTO, 1998, p. 44). A condição da decisão de não comportar mais recursos, sendo imutável dentro da relação jurídico-processual formada, denomina-se coisa julgada formal. Por outro lado, ocorrendo julgamento de mérito, a impossibilidade de se modificar a decisão extrapola o âmbito do processo e a matéria não pode ser novamente discutida em outro feito, tendo-se então configurada a coisa julgada material (LIMA, 1997, p. 20).

Havendo ausência de provas capazes de dar suporte às alegações do segurado ou dependente, ensejando decisão definitiva contrária aos seus interesses, afigura-se inviável, em princípio, a renovação da demanda judicial, ainda que com a apresentação de novas provas.¹⁴⁴ Entretanto, há quem sustente que não deve haver preclusão em matéria previdenciária, especialmente porque a proteção social do indivíduo presumivelmente hipossuficiente deve prevalecer diante da segurança propiciada pelo instituto da coisa julgada. Ademais, a autarquia previdenciária observaria a legalidade ao conceder um benefício com base em novas provas – mesmo que haja decisão judicial definitiva em sentido contrário (SAVARIS, 2012, p. 90).¹⁴⁵

¹⁴³ A descrição aqui realizada acerca dos recursos é bastante superficial, voltada para os processos em que se discutem questões de previdência social contra o INSS, e compatível com os objetivos do presente estudo.

¹⁴⁴ “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. AUSÊNCIA DE PROVAS. COISA JULGADA MATERIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. A jurisprudência desta Corte Superior entende que, se o pedido for julgado improcedente por ausência de provas, opera-se a coisa julgada material, não podendo ser modificado por nova e idêntica ação, com juntada de outros documentos. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega seguimento” (STJ, AgRg no AREsp 7.554/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS, Sexta Turma, julgado em 15/09/2011).

¹⁴⁵ Ainda que por vias distintas, entendimento semelhante já foi acolhido judicialmente: “PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1. O tempo de serviço rural pode ser comprovado mediante a produção de prova material suficiente, ainda que inicial, complementada por prova testemunhal idônea. 2. Nos casos em que o segurado especial não traz aos autos documentos aptos a constituírem início de prova material para todo o intervalo de labor campesino a ser comprovado, o feito deve ser extinto

Já se disse que não se vislumbra ofensa à coisa julgada quando a Administração – sempre adstrita à legalidade – contraria uma sentença de improcedência do pedido formulado pelo interessado, pois a situação é equivalente a uma transação entre as partes e a sentença, a rigor, não proíbe o reconhecimento do direito no âmbito administrativo (KEMMERICH, 2012, p. 41-2). O problema surge quando há repetição da controvérsia judicial já solucionada de modo definitivo, na hipótese de a Administração resistir à pretensão novamente apresentada.

3.2.3 Procedimento dos juizados especiais federais

De modo geral, as observações realizadas acerca do procedimento comum são pertinentes também para o procedimento dos juizados especiais. Há, contudo, algumas peculiaridades e distinções que merecem destaque.

O processo é orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se a conciliação, conforme artigo 2º da Lei 9.099/95¹⁴⁶. A Lei 9.099/95, que trata dos juizados especiais da Justiça Estadual, é de aplicação subsidiária (artigo 1º da Lei 10.259/01).¹⁴⁷

Prevalece com bastante intensidade, portanto, o direito material sobre o processual, a fim de que haja mais efetividade da tutela jurisdicional. Há quem sustente, inclusive, que esse deve ser o paradigma de todo o sistema jurídico (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2014, p. 30). Algumas soluções práticas adotadas no âmbito dos juizados especiais, a propósito, também são utilizadas pelos magistrados no procedimento comum, ainda que em menor escala e na medida do possível, o que sinaliza uma tendência.

A petição inicial pode ser apresentada por escrito ou oralmente,¹⁴⁸ não havendo necessidade de representação por advogado,¹⁴⁹ a não ser no caso de

sem resolução de mérito, possibilitada, desse modo, a propositura de nova demanda” (TRF4, AC 2006.70.99.001378-2, Quinta Turma, Relator Celso Kipper, julgado em 11/12/2008).

¹⁴⁶ “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

¹⁴⁷ “Art. 1º São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

¹⁴⁸ Art. 14 da Lei 9.099/95: “Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado. § 1º Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível: I - o nome, a qualificação e o endereço das partes; II - os fatos e os fundamentos, de forma sucinta; III - o objeto e seu valor. § 2º É lícito formular pedido genérico quando não for possível

recurso.¹⁵⁰ Na prática, normalmente se verifica a presença desse profissional, talvez pela complexidade da legislação previdenciária ou pela celebração de contratos de risco (honorários contratuais apenas na hipótese de êxito).

A tentativa de conciliação norteia o procedimento,¹⁵¹ motivo pelo qual o magistrado, após verificar a regularidade da peça portal, pode determinar desde logo a realização de perícia médica, antes da citação ou da contestação do INSS. Trata-se de elemento de prova importante para eventual acordo entre as partes no que tange aos benefícios por incapacidade (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2014, p. 177). Também é possível a realização de perícia unificada com a própria audiência de conciliação (AMADO, 2014, p 702). No rito processual comum (sistemática do Código de Processo Civil atualmente vigente), usualmente a prova pericial é deferida após a apresentação da defesa e eventual manifestação posterior da parte autora sobre a contestação (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2014, p. 177).¹⁵²

A tutela de urgência raramente é deferida antes da audiência de conciliação. Isso ajuda a manter o interesse da parte demandante na celebração de acordo com a parte adversa.

determinar, desde logo, a extensão da obrigação. § 3º O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos”.

¹⁴⁹ Artigo 10 da Lei 10.259/01: “Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não”.

¹⁵⁰ Artigo 41, § 2º, da Lei 9.099/95: “Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado. [...] § 2º No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado”.

¹⁵¹ Artigo 10, parágrafo único, da Lei 10.259/01: “Art. 10. [...] Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”.

¹⁵² Cumpre salientar que a conciliação também é viável no procedimento comum, havendo inclusive política judiciária nesse sentido. O artigo 1º da Resolução 125/10, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, assim estabelece: “Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses”. Destaque-se, aqui, o projeto intitulado Sistema de Conciliação Pré-Processual: “O Sistema de Conciliação Pré-Processual (SICOPP) foi um projeto implantado em Curitiba/PR com o objetivo de se obter uma solução célere e pacífica dos processos de benefícios previdenciários por incapacidade. Antes de o feito ser distribuído ao Juízo, é nomeado o perito judicial e realizada uma audiência prévia, com o resultado do exame técnico, para somente depois, se não houver autocomposição, ser o processo remetido para distribuição para um dos juízos competentes para o regular processamento e julgamento. A maioria das perícias vinculadas ao SICOPP é realizada no próprio prédio da Justiça Federal, fato que proporciona a entrega do laudo pericial, contribuindo para a agilidade na realização de acordos” (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2014, p. 158).

A figura do conciliador é importante no âmbito dos juizados especiais federais. Trata-se de pessoas recrutadas pelo juiz, de preferência bacharéis em direito, para exercer não só a mediação de eventual acerto entre as partes, mas também para realizar a coleta de prova oral, sob a supervisão do magistrado (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2014, p. 159-62).¹⁵³

Ainda sobre a prova oral, alguns juízes entendem cabível a determinação para que o INSS realize justificação administrativa, produzindo prova que, em princípio, seria coletada em juízo. Esse entendimento estaria de acordo com os princípios que orientam os juizados especiais, e tem apoio na ideia de que houve omissão do INSS no tocante à produção da prova durante o trâmite do processo administrativo, o que acarreta indevida sobrecarga ao Judiciário (TERRA, 2009).¹⁵⁴

¹⁵³ Sobre a coleta de prova oral pelo conciliador, a Lei 12.153/09 (dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios) estabelece: “Art. 16. Cabe ao conciliador, sob a supervisão do juiz, conduzir a audiência de conciliação. § 1o Poderá o conciliador, para fins de encaminhamento da composição amigável, ouvir as partes e testemunhas sobre os contornos fáticos da controvérsia. § 2o Não obtida a conciliação, caberá ao juiz presidir a instrução do processo, podendo dispensar novos depoimentos, se entender suficientes para o julgamento da causa os esclarecimentos já constantes dos autos, e não houver impugnação das partes. [...] Art. 26. O disposto no art. 16 aplica-se aos Juizados Especiais Federais instituídos pela Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001”.

¹⁵⁴ O referido autor cita um exemplo de despacho judicial seu determinando a justificação administrativa: “[...] Requisite-se à Gerência Executiva do INSS a reabertura do processo administrativo e a realização de Justificação Administrativa no prazo de 60 (sessenta) dias, com a indispensável colheita de depoimento do(a) segurado(a) e a oitiva de testemunhas indicadas por ele(a) em relação ao período rural, abrangendo todo o lapso de tempo de serviço alegado pela parte autora. Saliente-se que a Autarquia Previdenciária deverá proceder à oitiva do segurado e de suas testemunhas individualmente, em separado, visando a garantir a fidedignidade dos depoimentos. Faculto à parte demandante a apresentação de novos documentos na via administrativa, ficando, além disso, assegurada a participação do advogado do segurado na realização da justificação, a quem deverá ser garantido o direito de inquirir as testemunhas. Ademais, alerto a parte autora que a sua ausência injustificada na audiência de justificação implicará a extinção do processo sem exame de mérito. Na análise da Justificação Administrativa, tanto nos casos de aposentadoria por idade como nos de averbação de tempo de serviço rural ou de salário maternidade, o INSS deverá levar em consideração: a) como início de prova material, documentos em nome de parentes, como o pai e o marido (Súmula nº 6 da Turma Nacional de Uniformização; AC 417484/RS, TRF da 4ª Região, Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DJU de 07.05.2003, p. 756; REsp. 386.538/RS, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 07.04.2003; ACP no 99.5011012-2, Segunda Vara Federal de Umuarama - PR); b) que não é necessária prova material para todo o período pretendido (Súmula nº 14 da Turma Nacional de Uniformização; AGREsp 496838/SP, STJ, Sexta Turma, rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 21.06.2004, p. 264); c) que a contagem do tempo de serviço rural, para fins de concessão de benefício previdenciário, poderá ser considerada a partir dos 12 anos de idade. Outrossim, se o segurado demonstrar documentalmente que o pai era lavrador e que ele, segurado, estudou na localidade rural, admitem-se tais documentos como início de prova material para ser considerado o tempo rural da idade a partir dos 12 anos de idade (Súmula nº 5 da Turma Nacional de Uniformização, AI 476950 AgR/RS, DJ de 11.03.2005, STF, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes); Com a vinda da Justificação Administrativa aos autos, intime-se o INSS para, em 15 (quinze) dias, propor eventual acordo [...]”.

Fernando Rubin (2014, p. 137) discorda desse entendimento, sustentando que toda prova deve ser produzida no processo judicial. Segundo o autor, isso seria importante para a organização e também para a celeridade procedimental.

Conforme Antônio Cesar Bochenek e Márcio Augusto Nascimento (2014, p. 172-4), é corriqueira a ordem judicial para o processamento da justificação administrativa, com eventual análise posterior, pelo juiz, de impugnações, falhas e vícios no procedimento.

Também é possível a realização de prova pericial nos casos que não dizem respeito aos benefícios por incapacidade. A complexidade da perícia, em princípio, não é incompatível com o rito dos juizados especiais federais.¹⁵⁵

Quanto aos recursos, destacam-se: os recursos inominados, contra decisão interlocutória que defere medida cautelar de urgência e contra sentença;¹⁵⁶ o pedido de uniformização de interpretação de lei federal, cabível quando há divergência entre acórdãos de turmas recursais nas questões de direito material federal,¹⁵⁷ bem como quando há contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça;¹⁵⁸ e o recurso extraordinário, cabível quando há violação de

¹⁵⁵ “No procedimento do Juizado Estadual não são admitidas perícias (causas de maior complexidade), mas o juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, a fim de que esses prestem esclarecimentos (art. 35 da Lei 9.099/1995). O art. 12 da Lei 10.259/2001 passou a admitir textualmente todas as espécies de exame técnico, realizado por pessoa habilitada com conhecimento específico para a feitura do laudo, independentemente da complexidade do exame a ser elaborado. Na prática, o exame técnico é chamado de perícia e é realizado em todas as demandas sem qualquer ressalva quanto à complexidade da atividade do auxiliar do juízo” (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2014, p. 183).

¹⁵⁶ Artigos 4º e 5º da Lei 10.259/01: “Art. 4o O Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação. Art. 5o Exceto nos casos do art. 4o, somente será admitido recurso de sentença definitiva”.

¹⁵⁷ “A decisão da Turma Recursal que versar sobre direito processual fará coisa julgada, caso não contrarie a Constituição, quando é cabível recurso extraordinário. Logo, poderá haver decisões diferenciadas sobre matéria de procedimento entre as diversas Turmas Recursais existentes. Esse fato tem levado a Turma Nacional de Uniformização, na prática, a apreciar questões processuais pela via da uniformização de jurisprudência, apesar de não haver menção expressa na legislação. A matéria fática tem como última instância a Turma Recursal, não sendo cabível pedido de uniformização de interpretação de lei federal nem recurso extraordinário” (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2014, p. 214).

¹⁵⁸ Art. 14 da Lei 10.259/01: “Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. § 1o O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador. 2o O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal. § 3o A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica. § 4o Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça -STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. § 5o No caso do § 4o,

dispositivo constitucional ou decretação de inconstitucionalidade de lei federal nos julgados das turmas.¹⁵⁹

Os recursos inominados são julgados pelas turmas recursais dos juizados. O pedido de uniformização é julgado: pelas turmas regionais de uniformização, quando há divergência entre julgados de turmas recursais da mesma região; pela Turma Nacional de Uniformização, quando há divergência entre julgados de turmas de regiões diferentes ou entre esses julgados e súmula/jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; pelo Superior Tribunal de Justiça, quando há divergência entre julgado da Turma Nacional de Uniformização e súmula/jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. O recurso extraordinário, como já se viu, é julgado pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁶⁰

É interessante notar a preocupação com a uniformização de interpretações da lei, ainda que o procedimento dos juizados seja orientado pela simplicidade.

presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 6o Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subseqüentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. § 7o Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias. § 8o Decorridos os prazos referidos no § 7o, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança. § 9o Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6o serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça. § 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário”.

¹⁵⁹ Artigo 15 da Lei 10.259/01: “Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4o a 9o do art. 14, além da observância das normas do Regimento”.

¹⁶⁰ A descrição aqui realizada acerca dos recursos é bastante superficial, voltada para os processos em que se discute questões de previdência social contra o INSS, e compatível com os objetivos do presente estudo.

4. MODELO PROPOSTO DE JUSTIÇA PREVIDENCIÁRIA

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diante da excessiva litigiosidade existente e dos problemas inerentes à aplicação da legislação previdenciária, entende-se cabível e pertinente a apresentação de um novo modelo de justiça previdenciária.

Saliente-se que a solução de controvérsias, no âmbito fiscal/tributário, já foi estudada em pesquisa denominada "Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa" (SOUZA JUNIOR, 2011), apresentada perante o Conselho Nacional de Justiça. No relatório dessa pesquisa, que critica de maneira incisiva a duplicidade das instâncias administrativa e judicial (ambas as estruturas destinadas à resolução de controvérsias), constam três propostas para aumentar a eficiência do processo no âmbito tributário, que podem ser assim resumidas:

(i) Aperfeiçoar o processo administrativo e tornar obrigatório o esgotamento da instância administrativa. Os julgadores dos tribunais administrativos seriam selecionados por concurso público, destacando-se nessa proposta também a “obrigatoriedade de apreciação das provas praticadas no procedimento administrativo dentro do processo judicial (obediência aos princípios da economia e celeridade processual)”. Além disso, a decisão administrativa faria coisa julgada com relação aos fatos discutidos.

(ii) Transformar a atual instância administrativa tributária em órgão de primeira instância julgadora, cujas decisões, como na proposta anterior, fariam coisa julgada com relação aos fatos. Os recursos dessas decisões seriam conhecidos diretamente pelos Tribunais Judiciais. Para garantir a imparcialidade dos órgãos julgadores administrativos, propõe-se o provimento dos cargos por concurso público, a instituição de prerrogativas semelhantes às dos juízes, bem como o afastamento de qualquer influência governamental no funcionamento dos mencionados órgãos.

(iii) Criar “Tribunais Tributários Federais e Juízes Tributários Federais” e “Tribunais Tributários e Juízes Tributários dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”, especializando-se o Judiciário na matéria tributária. A par dessa providência, também deveriam ser tomadas uma das seguintes medidas: eliminar os

órgãos julgadores administrativos; transformar esses órgãos julgadores numa primeira instância de julgamento; tornar obrigatório o exaurimento da via administrativa (LAVRATTI, 2011, v. 2, p. 181-5).

Transcreve-se, por oportuno, trecho da conclusão da referida pesquisa:

Foi possível constatar, com os atores, os especialistas e os profissionais dessa área de atividade, a realidade empírica da duplicidade de instâncias – a administrativa e a judicial – em matéria fiscal, para a composição das lides entre fisco e contribuinte.

[...]

Quanto às provas obtidas na esfera administrativa 83,9% (Tabela 26, p. 78 do v. 1) dos entrevistados responderam concordar que as mesmas deveriam ser compulsoriamente examinadas pela esfera judiciária. Assim, não haveria a necessidade da reprodução de atos já examinados e constituídos na esfera administrativa. Na generalidade das nações civilizadas (França, Espanha, Estados Unidos e Portugal, estudados neste trabalho), os atos probatórios constituídos administrativamente possuem os atributos de veracidade e de vinculatividade perante as autoridades julgadoras, devendo, pela economicidade e celeridade processual, ser aproveitadas ao máximo.

[...]

Enfim, há [...] no País, [uma] desarticulação geral entre Judiciário e Administração. Pode-se constatar a falta de diálogo entre esses dois blocos institucionais. De um lado o Judiciário parece não escutar a Administração; e, por via reflexa, a Administração pouco escuta o Judiciário. Essa desarticulação é uma das principais causas da crescente litigiosidade em matéria fiscal. A pesquisa constatou que 79,4% dos entrevistados concordam com a existência dessa desarticulação entre ambas as esferas.

[...]

Entre litigar na esfera judicial diretamente, prefere o contribuinte iniciar a discussão na esfera administrativa. Assim, protela-se ao máximo a cobrança do crédito tributário, abrindo-se espaço, juridicamente, à elisão fiscal. É uma espécie de elisão-protelação, oficializada pelo sistema legislado.

[...]

Diante dos dados técnicos e da pesquisa de campo, restam poucas dúvidas sobre a necessidade da reforma institucional no âmbito da justiça fiscal. É contraproducente, irracional, custoso, moroso, replicar a discussão fiscal em dois órgãos que ao fim e ao cabo irão discutir o mesmo tributo, a mesma matéria de prova, o mesmo tempo de contribuição, a mesma base de cálculo e o mesmo fato gerador.

[...]

É chegado talvez o momento de se repensar a estrutura institucional do Brasil. Sob o manto do devido processo, da ampla defesa, do contraditório, do ideal de que nenhuma lesão ou ameaça a direito possa ser excluída do poder judiciário, a matéria fiscal vem sendo replicada em duas esferas, tratando do mesmo tributo, das mesmas partes, do mesmo fato gerador. O custo do processo e os recursos que se perdem nesta duplicidade são expressivos.

Uma jurisdição-administração integrada, em grau maior ou menor, cuidando do lançamento, da constituição do crédito e dos recursos cabíveis, garantiria o Estado Democrático de Direito, colocaria mais recursos nos cofres públicos e evitaria a elisão fiscal (REVERBEL; SOUZA JUNIOR, 2011, p. 189-93).

A proposta de exaurimento da via administrativa tende a não ser acolhida pelos tribunais pátrios. No julgamento do Recurso Extraordinário 631.240, que trata do prévio requerimento administrativo junto ao INSS (julgado já citado anteriormente), o Supremo Tribunal Federal deixou claro que não é necessário o esgotamento das instâncias administrativas previdenciárias. Além disso, considerando-se a natureza das prestações previdenciárias, que substituem ou complementam a renda dos seus destinatários, e muitas vezes são importantes para a sua subsistência, afigura-se contraproducente um desenho institucional que provoque o prolongamento do processo na via administrativa.¹⁶¹

A implantação de um órgão julgador administrativo independente, por sua vez, tem a vantagem da especialização dos julgadores na matéria objeto de apreciação. Essa especialização, contudo, também pode ser obtida na esfera judicial. No caso do INSS, a maioria das questões é julgada pela Justiça Federal (na hipótese de jurisdição delegada, a apelação é julgada pelos tribunais regionais federais), a qual já tem algum grau de especialização na matéria previdenciária.

Entende-se que o problema da duplicidade de instâncias, no caso das prestações previdenciárias geridas pelo INSS, pode ser mais bem equacionado com a eliminação da fase recursal no processo administrativo. Surge dúvida, contudo, quanto à viabilidade jurídica dessa proposição.

Com efeito, o artigo 5º, LV, da Constituição, já citado anteriormente, estabelece que, aos litigantes em processo administrativo ou judicial, “são assegurados o contraditório e [a] ampla defesa, com os meios e recursos a ela interentes”. Odete Medauar (2008, p. 124), além de fundamentar o direito ao recurso administrativo na ampla defesa, defende também que o direito de petição (artigo 5º, XXXIV, “a”, da Constituição)¹⁶² dá respaldo ao acesso à via recursal.

Sérgio Ferraz e Adilson Dallari (2012,p.134-8), ao discorrerem sobre o “duplo grau de jurisdição na esfera administrativa”, aduzem que se trata de um

¹⁶¹ “Na esfera administrativa a demora e a falta de suficiente fundamentação para a negativa do pleito do segurado dá-se especialmente diante da interposição de recursos às instâncias superiores, cujo controle está a cargo do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS). Ocorre que nesses casos o beneficiário aguarda por prazo indeterminado e sem muita segurança jurídica resposta da Junta de Recursos da Previdência Social (JRPS) e da Câmara de Julgamentos (CAJ) – cenário que exige urgente aperfeiçoamento” (RUBIN, 2014, p. 136-7).

¹⁶² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

direito da parte, mas não uma obrigação (não há necessidade de esgotamento das instâncias administrativas para o acesso ao Judiciário). Esclarecem que o “duplo grau” consubstancia-se no direito a um reexame da decisão administrativa em nível hierárquico superior, sendo esse o sentido do vocábulo “recurso” existente no artigo 5º, LV, da Constituição.¹⁶³ O direito de petição justifica-se pela “inevitável falibilidade humana”.

Não há dúvida que o reexame das decisões administrativas coaduna-se com o dever da Administração de revisar os seus atos, quando irregulares.¹⁶⁴ Entretanto, para esse reexame (que não precisa necessariamente ser chamado de recurso) não se mostra imprescindível a existência de uma estrutura recursal própria, como o Conselho de Recursos da Previdência Social.

Parece mais eficiente compatibilizar a oportunidade de o próprio INSS reapreciar o ato praticado – que tende a aprimorar a atividade administrativa e, sob essa ótica, seria até mesmo um direito da autarquia – com o entendimento de que não é necessário o esgotamento das instâncias administrativas. É que se pretende propor.

A proposta que será aqui apresentada retira subsídios da pesquisa antes mencionada, considera os pressupostos e as observações dos capítulos anteriores, e tem suporte, ainda, nas ponderações abaixo especificadas.

4.1.1 Semelhança entre a atividade administrativa e a atividade judicial

Não se vislumbra diferença substancial, ao menos no âmbito previdenciário, entre a atividade administrativa e a atividade judicial. Em ambas as instâncias o que se busca, ao fim e ao cabo, é o deferimento, restabelecimento ou a revisão de benefícios àqueles que fazem jus a tanto.¹⁶⁵

¹⁶³ No tocante ao processo civil, Freddie Didier Jr. e José Carneiro da Cunha (2009, p. 20) apontam que há divergência doutrinária quanto à existência de uma garantia ao duplo grau de jurisdição, uma vez que não há dispositivo constitucional expresso nesse sentido. Os mencionados juristas (2009, p. 25) defendem que não se trata de uma garantia, mas de um princípio da Constituição que não pode ser considerado em termos absolutos, até porque “o próprio texto constitucional comete a tribunais superiores o exercício de primeiro grau de jurisdição, sem conferir a possibilidade de um segundo grau”.

¹⁶⁴ Artigo 53 da Lei 9.784/99: “Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

¹⁶⁵ “Em suma, à exceção dos apanágios da *reserva de sentença* (um ato judicial só por outro do mesmo Poder pode ser revisto) e da agregação de *coisa julgada material* sobre as decisões de

Se, no âmbito judicial, o magistrado aplica a lei e o Direito na análise dos casos que a ele são submetidos, também assim deve ser na esfera administrativa. Ainda mais porque os atos administrativos do INSS, no que tange às prestações previdenciárias, são vinculados – cumpridos os requisitos legais, a prestação buscada é devida. Não há espaço para oportunidade e conveniência da Administração.

A rigor, todos observam a mesma ordem jurídica e, se é assim, não há razão para que determinados direitos somente possam ser reconhecidos em juízo. Se o juiz concede um benefício previdenciário e o INSS não o faz, alguém está equivocado, já que a legislação previdenciária é única.

Sob esse ponto de vista, as lides previdenciárias não constituem um tipo ideal de conflito de interesses antagônicos, pois o INSS não tem a missão institucional de praticar ou defender atos administrativos ilegais, e é justamente esse tipo de ato que deveria ser coibido através de uma demanda judicial.

mérito), no mais e essencialmente, a função judicial hoje apresenta mais pontos em comum do que distintivos em face da função administrativa: ambas aplicam a norma de regência ao caso concreto (apenas variando o *modus* dessa intervenção: de ofício, no caso do administrador, mediante provocação, no caso do juiz); ambas haurem a legitimidade de suas atuações na medida em que conseguem prevenir ou resolver conflitos com justiça e sob uma boa equação custo-benefício; ambas devem pautar seus atos e condutas pelo sobre-princípio da igualdade, e pelas diretrizes da razoabilidade, proporcionalidade, motivação, economicidade, transparência, publicidade e, sobretudo, transparência” (MANCUSO, 2011, p. 357-8) [grifos do autor]. No mesmo sentido: “De fato, em sua substância essa função [a função do Poder Judiciário] é *executar* ou *aplicar* a lei a casos particulares. Ora executar a lei é objeto de outra função, a *executiva*, ou *administrativa*. Destarte, limitando-se a pôr em prática, em casos concretos, decisões anteriores de caráter geral, o Judiciário exerceria uma função por sua natureza igual à desempenhada pela administração. É essa a lição de inúmeros autores modernos, como Burdeau, Wade etc., que podem abonar-se em Locke, o qual não a considerava função à parte, mas sim enquadrava o Judiciário no Poder Executivo. Na verdade é difícil compreender como se pode sustentar que, em sua substância, seja a ‘função jurisdicional’ distinta da ‘função executiva’. O único ponto por que uma pode ser distinguida da outra é o *modo* de execução da lei a que obedece o Judiciário. [...] O *modo*, porém, não muda a *natureza* da função. Embora o faça contenciosamente, o juiz sempre está executando, dando aplicação à lei” (FERREIRA FILHO, 2009-b, p. 247) [grifos do autor]. Também em sentido análogo: “Parece, às vezes, que, em vão, ensinaram nossos melhores, que a divisão entre os ‘três poderes’ não pode ser reduzida à divisão entre três funções juspolíticas, a função legislativa, a função ‘administrativa’ e a função jurisdicional. Afinal, jurisdição é administração da justiça; e administração é justa e isenta aplicação (jurisdição) do direito. De há muito as funções juspolíticas extrapolaram a tripartição de órgãos políticos, a que se chegou por evolução no século XVIII, mas que não cessaram de avançar do Séc. XVIII a nossos dias. No âmbito do que a nossa Constituição ainda chama de ‘poder executivo’, residem três funções que se distinguiram e se consolidaram: a de chefiar o Estado (função nacional sancionadora ou corretora), a de dirigir o Governo (função de governar, com e pelos partidos) e a de administrar (função de aplicar leis e criar condições para a vigência delas, o que exige isenção, apartidariedade, tecnicidade, bem assim equidade, caracteres bem próximos da função judiciária). De outro lado, a função estritamente administrativa muito se aproxima da função estritamente judicial, no âmbito da teoria do Estado e do direito público. Assim, a atividade administrativa, quando exercida pela Administração, terá aspectos jurisdicionais. A atividade judiciária, quando exercida sobre essas matérias, terá sempre aspectos administrativos” (SOUZA JUNIOR, 2011, v. 1, p. 21-2).

Entretanto, essas lides não têm sido evitadas ou prevenidas, por vários motivos.

A qualidade dos serviços prestados pelo INSS – que lida diariamente com questões sociais sensíveis – deixa a desejar (ainda que tenha melhorado nos últimos anos), gerando descrédito junto à população. As longas filas nas agências, que já não existem mais em razão do agendamento eletrônico, ainda fazem parte da lembrança dos brasileiros. De todo modo, o aprimoramento dos serviços públicos deve ser constante.

A organização administrativa prestigia uma atuação uniforme e igualitária, circunstância que invariavelmente acarreta uma postura mais conservadora e legalista na análise de casos concretos. Contribui para isso também uma visão de proteção ao patrimônio público (leia-se: patrimônio de todos os segurados que integram o sistema), associada ao receio de servidores quanto a punições por concessões e pagamentos irregulares, o que leva – na dúvida quanto ao direito postulado pelo particular – ao indeferimento equivocado da sua pretensão.

Além disso, as tentativas de fraude vivenciadas pelos servidores do INSS – carteiras de trabalho adulteradas, simulação de doenças, declarações falsas, documentação com irregularidades, etc. – provocam naturalmente a um rigor maior na análise das provas que instruem o processo administrativo.¹⁶⁶

No âmbito judicial, por outro lado, verifica-se uma tendência de desconsideração da legislação, com o nobre intuito de estender a proteção social àqueles que, a rigor, não teriam direito aos benefícios previdenciários. As doutrinas neoconstitucionalistas, ao menos da forma como são recebidas no Brasil, colaboram para essa criação judicial de direitos previdenciários.

¹⁶⁶ Veja-se a impressão de Savaris (2012, p. 245) sobre o assunto: “Sem se dedicar à busca de provas, exposta a manobras oportunistas e ainda com a possível responsabilização de seus servidores para o caso de concessão indevida, a Administração acaba lançando-se ao pecado do excesso de zelo, vulnera o ordenamento jurídico, levanta exigências ou condicionantes desproporcionais, ignora a jurisprudência mesmo em suas orientações mais seguras e se apresenta com exacerbado rigor na análise dos fatos constitutivos de um direito previdenciário. Pois, se a Administração exige o impraticável, legitimado cuida estar o indivíduo que auxilia seu próximo na luta pela realização de um direito indispensável à sobrevivência, ainda que com pequenas ou não tão pequenas inverdades. Como consequência de uma suposta aliança de particulares que se lançam contra a Administração Previdenciária, esta opera como uma ‘cidade sitiada’, de modo que a análise do direito para por um crivo administrativo que, por vezes, não vê o evidente e enxerga o que não existe. Essas condições de fato marcam o atual momento da relação entre a Administração e o cidadão e deságuam no processo judicial previdenciário, em que a decisão solucionará o litígio sustentado por teses opostas que, a um só tempo, são causa e efeito da falta de cooperação entre Estado e sociedade”.

A demanda judicial é mais voltada para a resolução do caso submetido ao juiz, independentemente da solução que outro magistrado daria para o mesmo caso.¹⁶⁷ A uniformidade ou universalização das decisões não é o objetivo principal, embora isso possa ser obtido com os recursos disponibilizados às partes.

O juiz não é pessoalmente responsável pelos erros que comete, como os servidores públicos. Isso permite uma maior liberdade para auxiliar a parte tida como hipossuficiente no processo (mesmo que o INSS, a rigor, atue protegendo a coletividade dos segurados, também presumivelmente hipossuficientes), inclusive adotando como regra de decisão preceitos do tipo “in dubio pro misero”.¹⁶⁸

É de se presumir que o magistrado também não se depara tão frequentemente com as criativas tentativas de fraude constatadas na esfera administrativa, seja porque elas não são necessariamente investigadas e punidas, seja porque nem sempre as decisões administrativas são contestadas judicialmente. Evidentemente, é menor o ímpeto dos fraudadores diante da autoridade judicial.

Todas essas circunstâncias ajudam a explicar a grande discrepância existente entre os entendimentos judicial e administrativo acerca das questões previdenciárias, capaz até mesmo de levar à ideia distorcida de que não há muita semelhança entre as atividades desenvolvidas em cada esfera de aplicação da legislação previdenciária.

4.1.2 Interesse público e imparcialidade dos servidores do INSS¹⁶⁹

¹⁶⁷ “Contrariamente à Justiça, a Administração tem por objeto a ordem social no seu conjunto, enquanto que o juiz toma decisões sobre um caso determinado; enfim, deve, ele, aceitar a vida em sociedade como uma situação dada, e em princípio, não deve manifestar a vocação de alterá-la” (FORSTHOFF apud LIMA, 2007, p. 40-1).

¹⁶⁸ Para Pablo Miozzo (2014, p. 253-255), trata-se de um “princípio” trabalhista incorporado de modo irrefletido no Direito Previdenciário, sem fundamento nas normas constitucionais, legais ou infralegais. Em sentido análogo, Frederico Amado (2014, p. 175-6) sustenta que o preceito não deve ser utilizado na esfera previdenciária: “[...] nem sempre o beneficiário da seguridade social será uma pessoa hipossuficiente, ao tempo em que a relação jurídica previdenciária é diversa da trabalhista ou consumeirista, que visam tutelar a parte mais fraca”.

¹⁶⁹ A imparcialidade aqui está ligada à impessoalidade: “Impessoalidade, imparcialidade, objetividade envolvem tanto a idéia de funcionários que atuem em nome do órgão, não para atender objetivos pessoais, como de igualdade dos administrados e atuação norteada para fins de interesse público. Trata-se de ângulos diversos do intuito essencial de impedir que fatores pessoais, subjetivos, sejam os verdadeiros móveis e fins das decisões administrativas” (MEDAUAR, 2008, p. 93). Analisando as causas de impedimento e suspeição previstas na Lei 9.784/99, Fábio Nadal Pedro (2011, p. 68-9) assevera que “o primeiro postulado/requisito de legitimação da decisão concretizada num determinado processo administrativo é a condição imparcial do julgador, que não deve possuir qualquer liame, subjetivo ou objetivo, capaz de romper com a garantia, material e substancial, do devido processo legal”.

A afirmação de que os servidores do INSS devem agir com isenção nos processos em que atuam parece ser um tanto quanto óbvia, mas ainda assim merece análise específica. Os servidores públicos da autarquia gozam de estabilidade, justamente para que tenham relativa autonomia no exercício de suas atribuições, sem riscos de demissão por não compactuarem com compromissos escusos que extrapolam a ordem jurídica.

A chamada “relação de administração”, aliás, enquanto relação jurídica associada a uma finalidade cogente, permite que a ordem jurídica proteja a atividade administrativa contra terceiros e também contra o próprio agente (LIMA, 2007, p. 105-6).

São pertinentes, aqui, algumas considerações acerca da ideia de moralidade administrativa, positivada inclusive como um dos princípios que regem a Administração Pública (artigo 37, “caput”, da Constituição).¹⁷⁰

A experiência tem demonstrado que o cumprimento estrito da lei é insuficiente para caracterizar a validade do ato administrativo. De fato, ainda que o agir do poder público seja formalmente perfeito, pode haver nessa ação – mesmo que de forma dissimulada – um objetivo distinto daquele pertinente ao interesse público.

Maurice Hauriou (1938, p. 269) buscou na ideia de moralidade administrativa uma solução para a questão. Segundo ele, o desvio de poder é caracterizado pelo fato de a autoridade administrativa, embora sem nenhuma violação à lei, atuar com finalidade e motivo diversos daqueles que justificam o próprio poder dessa autoridade. O ato viola então, a moralidade administrativa, a boa-fé¹⁷¹ que deve pautar a Administração Pública, sendo assim passível de controle.

Atribui-se também ao jurista francês a noção de que a moralidade administrativa constitui uma série de “regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração” (apud SILVA, 1996, p. 616)¹⁷². Isso porque a Administração Pública, sendo uma instituição, tem uma moral própria, orientada pelos fins específicos. A moral da Administração é a moral que atende aos seus fins: o

¹⁷⁰ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

¹⁷¹ Embora Hauriou não faça distinção entre boa-fé objetiva ou subjetiva, pode-se extrair, a partir do próprio contexto em que foi utilizada a expressão – a ideia de propósito diverso daquele que deveria ser perseguido –, que se trata de boa-fé subjetiva.

¹⁷² No mesmo sentido: Hely Lopes Meirelles (1997, p. 83), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 6) e Têmis Limberger (1998, p. 125).

interesse público. Há, portanto, uma deontologia peculiar extraída da mencionada disciplina interna, que deve ser observada pelos administradores públicos no desempenho de suas atividades (MOREIRA NETO, 1992, p. 7-9).

Júlio Prat (1957, p. 251-2) faz uma interessante síntese da teoria de Hariou e de seus seguidores: (i) a lei não pode dar, pela própria natureza das coisas, mais do que diretrizes vagas, deixando à Administração uma grande liberdade de ação; (ii) à medida que cada instituição administrativa começa a funcionar dentro dessa liberdade de ação, princípios disciplinares e profissionais vão se criando e se desprendem do seio da Administração; (iii) a irregularidade quanto ao fim, é dizer, o desvio de poder, não diz respeito à legalidade, ou seja, à violação da lei em sentido lato, mas à violação das máximas profissionais.

Apesar da tentativa de se corrigir o desvio de finalidade (ou de poder) com fundamento na moralidade administrativa (e não propriamente na legalidade), o Conselho de Estado Francês acabou seguindo um caminho diverso. A questão do desvio de poder foi abrangida pelo entendimento que se consolidou acerca da ilegalidade do ato administrativo, a qual abrange a ilegalidade externa (incompetência, vício de forma e de procedimento) e a ilegalidade interna (vício de conteúdo, de motivos e de intenção – desvio de finalidade) (GIACOMUZZI, 2002, p. 299)¹⁷³.

Assim, na França, justamente onde começaram os estudos envolvendo a moralidade administrativa, o aprimoramento da noção de legalidade – passagem da legalidade formal para uma legalidade substancial – foi suficiente para se evitar o uso da moralidade como fundamento para o controle do ato administrativo (PRAT, 1957, p. 252-3). Talvez isso tenha ocorrido pelo fato de o Conselho de Estado Francês somente ter ingerência com relação à legalidade do ato administrativo (GIACOMUZZI, 2002, p. 296).

De qualquer forma, parece que tudo se resume ao problema do nominalismo¹⁷⁴: para uns, o desvio de finalidade diz com a moralidade administrativa; para outros, refere-se à legalidade. Os nomes mudam, mas o objeto ao qual se referem é o mesmo. A segunda posição evita a confusão com outros

¹⁷³ Sobre o desenvolvimento da ideia de moralidade, especialmente na França, indispensável é a leitura da dissertação de mestrado de José Guilherme Giacomuzzi (2000).

¹⁷⁴ “Tomam-se termos consagrados pelo uso como se contivessem significados bastantes em si mesmos, prontos e acabados, independentes dos fatos da vida. Passa-se, então, a raciocinar como se as categorias, muitas vezes nebulosas e imprecisas que trazemos na mente, existissem na realidade” (SOUZA JUNIOR, 2007, p. 10).

sentidos que podem ser dados ao vocábulo “moralidade”, consubstanciados, ao fim e ao cabo, com a visão de cada um acerca daquilo que é certo ou errado (o que não necessariamente guarda correspondência com a teoria do desvio de finalidade).

No Brasil, antes mesmo da Constituição de 1988 já se falava em moralidade administrativa, destacando-se na doutrina a pioneira monografia Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, escrita em 1974. Esse autor paranaense (1993, p. 38) entende que a lei tem uma “moralidade interna”, da qual um conjunto de deveres é extraído. É nítida a influência do pensamento de Lon L. Fuller, a qual é expressamente reconhecida pelo jurista brasileiro (1993, p. 8)¹⁷⁵.

A doutrina de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, embora bastante aprofundada e esclarecedora quanto à influência da moralidade no agir da Administração e no controle dos seus atos, acaba não inovando no sentido de dar à moralidade administrativa um sentido diverso daquele abarcado pela noção de legalidade substancial¹⁷⁶. O próprio autor (1993, p. 80-1) refere que a moralidade deve ser vista como um elemento do ato administrativo, restando ela diluída, invariavelmente, na apreciação dos fins, da motivação ou do objeto daquele ato.

No mesmo sentido é o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 11). Para ele, a moralidade permite que se faça uma análise mais aprofundada da ação administrativa, a qual não seria possível somente com a apreciação dos requisitos de legalidade do ato. A pesquisa da moralidade, portanto, é mais exigente que a da legalidade, impondo a análise do motivo e do objeto do ato administrativo, relacionados diretamente com a sua finalidade – interesse público específico.

Eros Grau (2005, p.25), por sua vez, destacando que a ética do sistema jurídico consubstancia-se na ética da legalidade, sustenta que a moralidade administrativa não pode corresponder a algo que extrapole a ideia do desvio de

¹⁷⁵ Fuller (1964, p. 39-40), no seu livro “The morality of Law”, faz uma crítica ao positivismo, tentando estabelecer uma estreita relação entre Direito e Moral. Ele entende que há uma moral interna no Direito, extraindo dessa moral interna uma série de deveres ao legislador: a própria produção de regras para a regulação de condutas, a publicização dessas regras, a sua fixação de forma prospectiva e não retroativa, a utilização de linguagem clara e compreensível, a criação de comandos que não sejam contraditórios, a criação de comandos que não sejam impossíveis, e a manutenção de uma certa estabilidade no que concerne ao direito posto (sem modificações requentes que acabem causando insegurança). O Estado, ainda, deve obediência às normas, para que possa exigir o mesmo do cidadão. Sem a observância dos deveres inerentes à aludida moralidade interna não se pode dizer que há propriamente um ordenamento jurídico.

¹⁷⁶ Esse é o entendimento também de José Guilherme Giacomuzzi (2002, p. 298-9).

finalidade. Qualquer questionamento fora desse quadro deve ser resolvido com base na própria legalidade.

É de se notar, como já se disse, que a discussão restringe-se às expressões utilizadas (nominalismo), havendo praticamente um consenso quanto os critérios de validade e controle do ato administrativo. Tal controle se dá com a análise de sua legalidade externa e interna (ou de sua legalidade estrita e da moralidade administrativa – expressões tidas aqui como equivalentes às primeiras).¹⁷⁷

Se o agir administrativo tem como finalidade o interesse público, é oportuno um esclarecimento acerca dessa expressão. Conforme Augusto Durán Martínez (2010, p. 146), é frequente na doutrina, na jurisprudência e até no direito positivo a utilização do interesse público como sinônimo de bem comum.

Sustentando que é possível uma distinção entre as expressões, o autor (2010, p. 146) defende que o bem comum é “el estado de hecho propicio para el desarrollo de la persona humana”. É um fim do Estado que subordina os fins específicos de cada uma das entidades estatais. Citando a encíclica “Mater et Magistra”, Carlos Reverbel (2012, p. 46) acrescenta que o bem comum “é dado como o ‘conjunto das condições sociais que permitem e favorecem nos homens o desenvolvimento intergral da personalidade’”.¹⁷⁸

Por outro lado, para Augusto Martínez (2010, p. 147) o interesse público relaciona-se com a dimensão social dos indivíduos ligada à sua natureza política ou que transcende o ambiente privado por ocupar um espaço que, para um desenvolvimento adequado da personalidade, deve ser compartilhado.

¹⁷⁷ Registre-se que José Giacomuzzi (2000, p. 236) encontra na boa-fé objetiva um conteúdo para a moralidade administrativa. A boa-fé objetiva, que tem origem no direito privado, permite a exigência de certos deveres objetivos de conduta, “proibindo-se a contradição de informações, a indolência e a leviandade de propósitos”. A vinculação entre a moralidade e a boa-fé objetiva também é observada por Humberto Ávila (2004, p. 310-11). De acordo com ele, da “moralidade decorre o princípio da boa-fé e da proteção da confiança”. Ainda, seriam princípios que estabelecem o “dever de buscar um ideal de *estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade* na atuação do Poder Público”. Por outro lado, Hartmut Maurer (2007, p. 112-7), tratando do direito alemão e destacando a construção jurisprudencial realizada pelo Tribunal Constitucional daquele País, não fundamenta a proteção da confiança e a boa-fé objetiva (aplicados no âmbito da Administração Pública) na moralidade administrativa. Haveria uma relação com o princípio do Estado de Direito, sendo que a proteção de confiança pode decorrer da própria boa-fé e da certeza jurídica, que se fundamentam naquele primeiro princípio. Almiro do Couto e Silva (2004, p. 273-4), por sua vez, sustenta que a proteção à confiança decorre de uma ramificação do princípio da segurança jurídica. Esse princípio teria um aspecto objetivo, concernente à questão da retroatividade dos atos estatais (inclusive legislativos), e um aspecto subjetivo, referente à proteção da confiança das pessoas quanto aos atos, procedimentos e condutas do Poder Público. Ainda de acordo com o citado autor (2004, p. 280), a segurança jurídica e a legalidade são os dois grandes pilares de sustentação do Estado de Direito.

¹⁷⁸ Semelhante é a concepção de Luís Fernando Barzotto (2005, p. 35), e também a adotada em estudo anterior (CARRASCO, 2012, p. 8).

Raquel Dias da Silveira (2010, p. 361-2), por sua vez, esclarece que o bem é um elemento objetivo da realidade que se relaciona com a razão e independe da vontade humana, ao contrário do que ocorre com o interesse. Para que o interesse público seja legítimo e racional, ele deve ser compatível com o bem comum – vale dizer, com as “circunstâncias objetivas da realidade que consagram determinados valores ao Estado” –, sendo que o critério para essa legitimidade é o sistema jurídico, partindo-se da premissa de que a lei (considerada em sentido amplo) consiste numa ordenação racional. Assim, segundo ela, há conexão do interesse público legítimo com a ideia de justiça, observando-se a lógica aristotélio-tomista, de modo que esse interesse pode corresponder ao “bem comum político”.

Destarte, quando se afirma que os servidores do INSS estão adstritos à legalidade, também se aduz que eles devem observar a legalidade substancial ou a moralidade administrativa, para que seus atos sejam válidos. Com base nas considerações acima realizadas, entende-se que isso significa a observância do interesse público em prol do bem comum.

Não há como se entender, *a priori*, que existe interesse em prejudicar o particular, ou alguma orientação informal nesse sentido, capaz de retirar a legitimidade dos atos administrativos praticados. Para tanto, é necessária prova específica, a ser produzida em cada caso.

A impressão de que há resistências injustificáveis por parte da Administração Previdenciária decorre da própria natureza da atividade desenvolvida. O reconhecimento de direitos implica também a negação – quando for o caso – desses direitos, gerando insatisfações e acusações de toda ordem.

Ademais, os servidores podem sentir-se inseguros no tocante à aplicação da legislação, evitando posturas que aumentem o risco de punição disciplinar por dano ao erário, ainda que a punição também seja cabível no caso de indeferimento indevido de benefício.

Nesse ponto, afigura-se importante o processo administrativo como meio proteção à própria conduta do servidor. Com a motivação das decisões ao longo do processo, assim como o devido registro das diligências adotadas, é possível objetivamente aferir uma linha de raciocínio coerente capaz de afastar qualquer responsabilização por equívocos eventualmente ocorridos. Afinal, o erro faz parte da natureza humana.

Equívocos escusáveis não devem ser passíveis de punição, e isso ainda precisa ser disseminado entre os servidores, para afastar o medo que acaba prejudicando o seu próprio rendimento:

O servidor administrativo, geralmente, atua como aplicador do Direito. Para o bom desempenho dessa tarefa, que é complexa, o servidor terá que interpretar os dispositivos legais e normativos existentes sobre determinado assunto, fazer uma leitura do caso concreto, para, posteriormente, saber se dado caso se inclui ou não no campo conceitual da norma (qualificação do fático). Caso afirmativo, e dependendo da situação, terá de editar uma norma individual e concreta, estabelecendo a relação jurídica *in concreto*. Cada uma dessas etapas é muito fértil a falhas na aplicação do Direito, seja por ignorância ou má interpretação da lei, seja por uma leitura equivocada dos fatos, seja por defeitos na edição da norma individual e concreta.

[...]

A postura atenta à verificação do erro escusável repercute de modo igualmente positivo, se analisada a questão sob a perspectiva do servidor, principalmente do bom servidor. É que ele necessita, para bem desempenhar as suas atribuições (com qualidade e produtividade), de tranquilidade no ambiente e no seio do próprio trabalho, para o qual contribui decisivamente a íntima convicção de que ele próprio não venha, pelo simples fato de ter cometido algum equívoco escusável, a ser submetido à persecução disciplinar. Postura diversa poderá, ao contrário, reverberar negativamente no desempenho funcional do servidor público que trabalha e produz, despertando nele sentimento de injustiça, insegurança e até desestímulo para o trabalho (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 312-3) [grifo do autor].

Por outro lado, contribui de modo decisivo para mitigar a insegurança dos servidores a advocacia pública consultiva (realizada pelos Procuradores Federais que representam judicial e extrajudicialmente o INSS), a quem cabe solucionar dúvidas jurídicas e firmar orientações para melhor aplicação das leis. Essa atividade permite, inclusive, que sejam considerados na seara administrativa – dentro do possível – os entendimentos judiciais que aos poucos se consolidam acerca de questões polêmicas.

A advocacia consultiva ajuda a prevenir demandas futuras, motivo pelo qual deveria ser o foco principal da Procuradoria-Geral Federal, em detrimento da advocacia contenciosa. Apesar disso, o expressivo número de demandas judiciais tem inviabilizado uma estratégia nesse sentido, formando-se verdadeiro círculo vicioso de geração de demandas.

A ausência de interesse dos servidores em prejudicar os particulares, apesar das circunstâncias que podem causar uma sensação nesse sentido, enfraquece um argumento bastante utilizado com relação aos médicos peritos do INSS. A nomeação de um perito judicial, não pertencente aos quadros da autarquia, se

justifica normalmente porque são profissionais “equidistantes das partes”.¹⁷⁹ Ora, se os peritos são servidores públicos, com os deveres assinalados linhas acima, não há tanto sentido em tal equidistância.

Os profissionais do INSS fazem análises técnicas relacionadas com a sua área de conhecimento específica, conforme os parâmetros científicos pertinentes. Podem cometer equívocos, evidentemente, mas não se vislumbra razão para que uma nova perícia – em caso de impugnação – não seja realizada por outro profissional da autarquia (talvez um mais experiente).¹⁸⁰

No caso dos peritos judiciais nomeados, é discutível a alegada equidistância ou a maior isenção em relação aos médicos da autarquia, ainda que não se questione o conhecimento ou as boas intenções daqueles peritos. Como são nomeados, é possível a escolha de profissionais mais alinhados à ideologia de magistrados benevolentes, de modo que o exame pericial não fica limitado a questões técnicas. A confiança depositada pelo juiz também diminui, ao menos na prática, o risco de responsabilização pessoal do perito, uma vez que o laudo é homologado por um julgador que não é responsabilizável. Dessa forma, o perito nomeado acaba não tendo necessariamente o mesmo compromisso com os padrões científicos que vinculam os peritos de carreira, especialmente se o próprio magistrado aprovar uma conduta técnica contaminada por questões humanitárias (com base na dignidade da pessoa humana, caráter social do direito previdenciário, hipossuficiência, etc.).

¹⁷⁹ “PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. PROVA PERICIAL INCONSISTENTE. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. DETERMINAÇÃO DE NOVA PERÍCIA JUDICIAL. 1. Nas ações em que se objetiva a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o julgador, via de regra, firma sua convicção por meio da prova pericial judicial consistente, uma vez que o laudo elaborado por um perito judicial seria a única prova capaz de dar uma opinião equidistante das partes. Não estando presente nos autos prova suficientemente esclarecedora dos fatos, impõe-se a renovação da perícia médica, agora por especialista. 2. Sentença anulada para realização de nova perícia médica judicial. 3. Mantida a antecipação da tutela, para garantia da subsistência do autor e diante das respostas a itens determinados no laudo pericial, apontando para a impossibilidade do imediato retorno ao trabalho, embora sem especificação da patologia” (TRF4, APELREEX 0011819-67.2014.404.9999, Quinta Turma, Relatora Taís Schilling Ferraz, D.E. 05/02/2015).

¹⁸⁰ Fernando Rubin (2014, p. 137) chama a atenção para as deficiências da perícia administrativa, que poderia ser melhorada com aumento do número de peritos e uma maior qualificação dos mesmos, aumentando-se o número de acertos nos pareceres médicos. O mesmo autor (p. 144), contudo, defende que a perícia do INSS – quando favorável ao segurado – pode ser utilizada em demandas movidas contra empresas de seguro, sendo cabível, por isso mesmo, o indeferimento de prova pericial eventualmente postulada nessas demandas. É pertinente a preocupação com a qualidade da perícia, mas o ato médico não pode ser avaliado como certo ou errado de acordo com o resultado – favorável ou desfavorável ao periciado.

Fica prejudicada, portanto, a neutralidade da prova que deveria ser estritamente técnica. Além disso, considerando-se o raciocínio em termos econômicos, há interesse na divergência com os laudos administrativos, pois essa circunstância estimula as impugnações judiciais, o que significa mais nomeações para exames periciais.

Como se não bastasse, os peritos judiciais ficam mais suscetíveis às pressões e reclamações das partes do processo, cuja reiteração pode comprometer nomeações futuras, o que não ocorre com os peritos concursados de carreira (apesar das ameaças e agressões que às vezes sofrem por negarem a existência de incapacidade). Isso sem falar que a aprovação em concurso público é critério objetivo que atesta a preparação para o exame pericial – tal exame, aliás, é diferente de uma consulta médica, pois nesse último caso há um paciente que não tem motivos, em princípio, para simular incapacidades ou omitir informações do médico.

Assim, não se vislumbra motivo relevante para que a perícia administrativa não seja revista pelos próprios peritos do INSS. Se o problema é a vinculação funcional com a autarquia previdenciária, pode-se criar até mesmo um instituto geral de perícias federais, para a produção e eventual revisão da prova técnica (prova que serve tanto para a esfera administrativa quanto para a esfera judicial).¹⁸¹

É de se notar que, nas ações penais em geral, onde a prova pode acarretar condenação e grave restrição à liberdade individual, a perícia deve ser realizada prioritariamente por peritos oficiais.¹⁸² A Lei 12.030/09, que dispõe sobre as perícias

¹⁸¹ É oportuno destacar a redação atual da Lei 8.213/91, considerado o advento da Lei 13.135/15: “Art. 60. [...] § 5º Nos casos de impossibilidade de realização de perícia médica pelo órgão ou setor próprio competente, assim como de efetiva incapacidade física ou técnica de implementação das atividades e de atendimento adequado à clientela da previdência social, o INSS poderá, sem ônus para os segurados, celebrar, nos termos do regulamento, convênios, termos de execução descentralizada, termos de fomento ou de colaboração, contratos não onerosos ou acordos de cooperação técnica para realização de perícia médica, por delegação ou simples cooperação técnica, sob sua coordenação e supervisão, com: I - órgãos e entidades públicos ou que integrem o Sistema Único de Saúde (SUS)”. Como se pode observar, foi instituída uma espécie de terceirização da atividade pericial, ainda que supervisionada e coordenada pelo INSS. As deficiências estruturais da autarquia podem explicar a medida, que parece não colaborar com o fortalecimento da perícia médica administrativa. Mesmo que a supervisão e coordenação pela Administração Previdenciária não prejudique substancialmente a qualidade da perícia terceirizada, o que se defende neste trabalho é a realização de perícia por profissionais servidores públicos concursados, submetidos ao regime jurídico público, com estrutura compatível. Espera-se, assim, que a mencionada terceirização seja apenas uma solução temporária para as dificuldades atualmente verificadas no que tange às perícias do INSS.

¹⁸² Artigo 159 do Código de Processo Penal: “Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada

oficiais, estabelece a autonomia técnica, funcional e científica dos peritos criminais, sendo exigido o concurso público.¹⁸³

Os peritos oficiais não são aqueles designados pelo juiz; são investidos na função em razão da lei, pertencentes a um órgão estatal específico para a realização de perícias (NUCCI, 2008, p. 369), e integram a Administração Pública (OLIVEIRA, 2010, p. 497). Não precisam prestar compromisso, como no caso dos peritos não oficiais, pois são servidores públicos com deveres inerentes ao cargo que ocupam (CHOUKR, 2010, p. 314).

Há semelhanças significativas entre o regime jurídico dos peritos criminais oficiais e o regime jurídico dos peritos que integram os quadros do INSS. Ainda que uma maior qualidade dos laudos possa ser obtida com o aprimoramento das condições de trabalho e com capacitação permanente, a prova produzida por esses profissionais deve ser tida como suficientemente idônea para a definição de uma demanda previdenciária.¹⁸⁴

4.1.3 Complexidade das questões previdenciárias

com a natureza do exame. § 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. § 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. § 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão. § 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência. § 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação. § 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico”.

¹⁸³ “Art. 2º No exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal, é assegurado autonomia técnica, científica e funcional, exigido concurso público, com formação acadêmica específica, para o provimento do cargo de perito oficial”.

¹⁸⁴ Sobre a perícia criminal, José Frederico Marques (1961, p. 354) há bastante tempo ensinava: “O exame pericial realizado na fase preparatória do inquérito policial não constitui, por isso, simples peça de investigação, embora sirva para integrar a *informatio delicti*. A perícia, realizada em qualquer fase do procedimento penal, é sempre ato instrutório emanado de órgão auxiliar da Justiça para a descoberta da verdade. Seu valor é o mesmo, quer se trate de perícia realizada em juízo, quer se cuide de exame pericial efetuado durante a fase preparatória do inquérito. A sua força probante deriva da capacidade técnica de quem elabora o laudo e do próprio conteúdo deste” [grifos do autor].

A complexidade potencial das questões previdenciárias justifica a especialização dos órgãos julgadores que solucionam conflitos nessa matéria – o que seria uma das vantagens do chamado contencioso administrativo.

Mas não é só. Dessa circunstância também decorre a necessidade de que os segurados e dependentes recebam orientação técnica quanto aos seus direitos, às provas que devem produzir, e as diligências que devem adotar. Os servidores do INSS já tem a obrigação de fazer isso, mas ainda é pequena – por exemplo – a participação da Defensoria Pública Federal nesse processo, especialmente no âmbito administrativo.

É usual o argumento da hipossuficiência para a dispensa, em processo judicial, de exigências que a rigor seriam pertinentes, ou para que se aceite o cumprimento tardio dessas exigências sem qualquer ônus (muitas vezes a própria demanda judicial poderia ter sido evitada). Isso tem um efeito bastante negativo para a educação previdenciária, pois acaba disseminando a ideia de que o particular não precisa necessariamente cumprir com os seus deveres para receber benefícios.

4.1.4 Necessidade de prestígio da interpretação legislativa feita pela Administração Previdenciária

Como já foi visto, o Brasil adotou o sistema de jurisdição una, de modo que as questões relativas aos direitos previdenciários dos indivíduos não escapa da apreciação do Poder Judiciário. Assim, no final das contas, o entendimento do juiz sobre as questões previdenciárias acaba prevalecendo.

É também por isso que o magistrado goza de prerrogativas únicas e essenciais para o exercício de suas funções.¹⁸⁵ Comentando a primeira constituição republicana, Carlos Maximiliano (1918, p. 565-7) já destacava essa questão:

¹⁸⁵ Artigo 95 da Constituição: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”.

Não ha garantia mais solida de um governo da lei, em uma democracia organizada, que a independencia da magistratura. Asseguram-na plenamente o Brasil e a Belgica estabelecendo a inamovibilidade dos juizes, a irreductibilidade dos seus vencimentos e a prohibiçao de accumular funcões publicas [...]. O magistrado precisa, não só estar a coberto de qualquer pressao ou represália por parte do Executivo ou do Congresso, como também não alimentar esperança de recompensa pelos serviços prestados à politica.

Não soffre remoções acintosas, nem perda de parte dos honorarios; mas também não lhe galardoam a subserviencia com honrosas e pingues posições. Antes de gozal-as, abandona obrigatoriamente a judicatura.

[...]

A magistratura é uma profissão que exige grandes qualidades: nobreza de caracter, preparo solido e pratica de julgar. As duas ultimas não se adquirem a breve trecho; quem possui as tres, será um vencedor na vida, não acceita um cargo temporario, que perderá talvez na velhice.

Mesmo que a função judicial não seja substancialmente distinta da função administrativa, a independência do Judiciário – sem subordinação a outros poderes, apenas ao “direito impessoal” – se explica em razão da “salvaguarda da liberdade individual” (FERREIRA FILHO, 2009-b, p. 248-9).¹⁸⁶

Apesar de o Poder Judiciário ter a última palavra na resolução de conflitos concernentes à aplicação da lei, e da necessária independência dos magistrados, nada impede que se prestigie a interpretação legislativa dada por outro poder (notadamente a Administração Previdenciária), seja através de autocontenção, seja através de mecanismos que dificultem a superação daquela interpretação.¹⁸⁷

Embora tratando do controle de constitucionalidade das leis e da interpretação da Constituição, as ponderações de Conrado Hübner Mendes têm alguma pertinência aqui. Segundo ele (2008, 176-8), costuma-se dizer que a legitimidade judicial repousa na qualidade dos argumentos utilizados, o que inclusive despertou entre os estudiosos do direito a dedicação às teorias da interpretação. Enquanto se espera que os juizes sejam o oráculo da razão, atribui-se ao legislador

¹⁸⁶ “Distingue-se tradicionalmente a independência externa, que consiste na liberdade de que usufrui globalmente a magistratura relativamente a outros órgãos públicos, da independência interna, que está à disposição dos seus membros no interior da corporação. Nas magistraturas de *Common law* como a inglesa, a independência externa está bem assegurada, mas a independência interna é muito fraca. A independência da magistratura é enorme...em detrimento da do juiz! A coesão do direito é garantida de duas formas: pela homogeneidade da corporação e por uma centralização judiciária muito forte.[...] O juiz continental é muito mais livre e, apesar de em determinados aspectos ter menos prestígio, tem muito mais poderes.[...]” (GARAPON, 1996, p. 59) [grifos do autor].

¹⁸⁷ Um exemplo disso, no que tange à decretação de inconstitucionalidade das leis, é a cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

a pecha de egoísta, de um agente capaz de endossar decisões coletivas irracionais pensando apenas em si. O fato é que ambos podem cometer equívocos, e desacordos de difícil superação resistem a recursos argumentativos, sendo melhor “pensar no aperfeiçoamento do processo legislativo em vez de amesquinhá-lo”.¹⁸⁸

A partir dessa lógica, pode-se sustentar também que é melhor pensar no aperfeiçoamento do processo administrativo, e na melhor capacidade institucional da Administração de interpretar a legislação previdenciária (o que sugere maior respeito dos juízes acerca dessa interpretação), considerando-se especialmente as exigências da justiça distributiva.

A ideia de capacidade institucional está presente em estudo realizado por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002), intitulado “Interpretation and Institutions”. Segundo esse estudo (p. 3), as teorias de interpretação promovem um debate acerca de questões com alto grau de abstração, tais como a natureza da interpretação, a democracia, a legitimidade, a autoridade e o constitucionalismo. Esse debate não soluciona controvérsias importantes sobre qual o melhor método de interpretação, pois desconsidera as capacidades (habilidades e limitações) das instituições e também os efeitos dinâmicos decorrentes de um entendimento específico adotado acerca das regras (as consequências para os diversos atores sociais envolvidos).

Conforme os autores (2002, p. 24), é preciso evitar a interpretação buscando-se simplesmente a melhor teoria (abordagem do tipo “first-best”), pois não há como se extrair de modo conclusivo as melhores regras interpretativas sem considerações institucionais (o que configuraria uma abordagem do tipo “second-

¹⁸⁸ Em sentido análogo: “Algumas das principais teorias sobre interpretação jurídica têm como pressuposto a ideia de que as cortes são órgãos são politicamente isolados, isto é, são compostas por membros não eleitos, que, por isso mesmo, não se encontram comprometidos com os liames e interesses que pairam sobre as instituições políticas do governo. Segundo essa perspectiva, uma vez que as cortes podem decidir conflitos jurídicos desatrelados de qualquer forma de intervenção jurídica, a sua deliberação tende a ser mais ponderada e a chegar a um resultado mais justo para as partes envolvidas no conflito. O cenário ideal, então, seria um modelo de interpretação jurídica em que as cortes poderiam até mesmo corrigir os desvios cometidos pelos legisladores no âmbito do processo legislativo. Há, nessa leitura, o que Vermeule chama de assimetrias institucionais. O legislativo é concebido como uma instituição cercada por vícios e desvios comprometedores do processo democrático, enquanto às cortes é depositada excessiva confiança na proteção dos direitos e dos valores democráticos. Há também nessa leitura um problema de escolha institucional. Na verdade, do fato de que as cortes são órgãos politicamente isolados não se poderia deduzir que elas estão aptas a alcançar um resultado melhor, no sentido de que cometerão menos erros” (GANEM; RANGEL; BOLONHA, 2014, p. 22).

best”).¹⁸⁹ Eles fazem uma analogia com a teoria econômica: o “second-best” parte do pressuposto de que, se a eficiência perfeita é inalcançável, a máxima eficiência não é obtida necessariamente tentando-se chegar próximo das condições do tipo “first-best” (insistindo-se na escolha da melhor teoria de interpretação, mesmo que não se possa definir isso de modo conclusivo).

Os citados juristas (2002, p. 30-6) sugerem, ainda, que seria possível sustentar uma deferência judicial (juízes não especializados) às interpretações dadas pelas agências federais estadunidenses aos atos legislativos. Uma autocontenção judicial se justificaria em razão da capacidade institucional das agências: homogeneidade em âmbito nacional na aplicação das regras, evitando-se a fragmentação do direito federal; especialização na matéria, inclusive em questões técnicas; relativa responsabilidade pelos atos praticados (“accountability”). As agências estariam numa posição melhor, inclusive, para realizar interpretações não literais das disposições legislativas, por conhecerem com mais profundidade as repercussões disso no esquema normativo como um todo.

O estudo em exame inspira uma análise das capacidades institucionais da Administração Previdenciária brasileira.¹⁹⁰ O conhecimento técnico, orçamentário e atuarial, de extrema relevância no sistema de seguro social (contributivo e de solidariedade forçada); a visão global dos recursos escassos para distribuição de prestações; o planejamento das políticas previdenciárias; a organização hierárquica que evita a pulverização de entendimentos e facilita também a sua modificação em nível coletivo; o efeito prospectivo dos atos normativos, propiciando mais segurança jurídica; a necessidade de prestação de contas; todos são aspectos institucionais que privilegiam a justiça distributiva e indicam uma maior capacidade da

¹⁸⁹ “É neste sentido que a ideia do second-best na interpretação aparece como uma proposta satisfatória para enfrentar casos que ofereçam maiores dificuldades de ordem decisional. As tradicionais teorias interpretativas, ao enfrentar tais casos, parecem não perceber a existência de questões institucionais e determinam regras direcionadas ao intérprete no plano ideal: trata-se do first-best como um modelo interpretativo. Ao contrário, o second-best seria uma teoria que chegaria o mais próximo possível do ideal, mas somente após passar por uma análise das conjunturas institucionais que cercam o caso em questão. Com o surgimento deste novo enfoque na teoria constitucional, as formas anteriores de interpretação parecem carecer de parâmetros que aproxime suas técnicas à realidade. As críticas deste novo modelo fazem com que a atividade interpretativa e a atividade democrática como um todo sejam mais compelidas a considerar aspectos fundamentais como as condições em que se toma uma decisão e as repercussões que ocorrerão dali por diante” (GANEM; RANGEL, 2012).

¹⁹⁰ É digno de nota interessante artigo intitulado “A atividade institucional do INSS e a sua difícil relação com o Judiciário” (GANEM; RANGEL; BOLONHA, 2015), o qual também aborda a questão das capacidades institucionais, com enfoque nas provas (informações) consideradas para a tomada das decisões (administrativas e judiciais), e nas ações/reações do INSS e Judiciário a partir dessas decisões.

Administração para interpretar a legislação previdenciária, notadamente através de regulamento.

O regulamento constitui, na prática, a fonte mais importante do direito administrativo. Trata-se de ato normativo que veicula normas gerais e abstratas, à semelhança da lei (BINENBOJM, 2008, p. 152).

O regulamento de execução,¹⁹¹ que aqui interessa, é editado em regra pelo Chefe do Executivo, destinando-se a garantir o fiel cumprimento da lei.¹⁹² Essa fidelidade à lei, contudo, não significa que a atividade regulamentar é mecânica e não traz inovações na ordem jurídica. O regulamento não é mera repetição da lei (até porque, se fosse assim, seria desnecessário), devendo ser aceito como um instrumento de acréscimo de conteúdo normativo destinado à execução legislativa (ressalvados os casos de reserva absoluta de lei), ainda mais quando o ato legislativo contém expressões vagas e indeterminadas. Não tivesse o regulamento essa propriedade, o legislador teria o imenso ônus de ser extremamente minucioso (BINENBOJM, 2008, p. 152-9), o que dificultaria até mesmo a deliberação parlamentar.

Pode-se perceber a ampla atividade interpretativa passível de ser exercida através da regulamentação da lei, bem como a importância do ato normativo regulamentar para uma atuação homogênea da Administração Pública.¹⁹³ No caso do INSS, já se demonstrou a importância dessa homogeneidade, com a uniformização dos critérios de distribuição das prestações previdenciárias e também dos procedimentos a serem adotados no reconhecimento de direitos.

Veja-se, por exemplo, o teor da Lei Complementar 142/13, que disciplina a aposentadoria para deficientes:

Art. 2º Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou

¹⁹¹ Outra espécie é o regulamento autônomo: “Regulamentos autônomos são aqueles que prescindem da lei como fundamento de sua existência, tendo na própria Constituição, de forma explícita ou implícita, o fulcro imediato de competência para sua emanção” (BINENBOJM, 2008, p. 159).

¹⁹² Artigo 84, IV, da Constituição: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

¹⁹³ Embora com um entendimento mais restritivo quanto à amplitude do poder regulamentar, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p 366-7) também destaca importância do regulamento para a observância da isonomia.

sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar.

Art. 4º A avaliação da deficiência será médica e funcional, nos termos do Regulamento.

Da leitura desses dispositivos depreende-se que o regulamento irá definir o que é deficiência grave, moderada ou leve, para fins de concessão de aposentadoria, assim como irá estabelecer os procedimentos para a avaliação dessas circunstâncias. Se cada magistrado, adstringindo-se apenas à lei – sob o argumento de que a regulamentação restringe demasiadamente direitos sociais constitucionalmente previstos, por exemplo –, adotar critérios distintos para essas definições, subsidiado por peritos de sua confiança e procedimentos próprios, milhares de aposentadorias iguais serão concedidas com base em circunstâncias fáticas substancialmente díspares.

Necessário, pois, o respeito judicial às regras regulamentares observadas pelo INSS (notadamente o Decreto 3.048/99). Aliás, trata-se de ato normativo expedido pelo Presidente da República, com legitimidade democrática para tanto.

A deferência aqui defendida tem implicações para o exercício do poder regulamentar. O regulamento não deve ser omissivo, deixando de contemplar situações potencialmente controvertidas, inclusive no tocante a procedimentos e produção de provas, tais como as perícias por similaridade. Também pode ser dada mais legitimidade ao ato normativo, mediante audiências públicas para apresentação de sugestões, exposição de motivos, e previsão de revisões periódicas (a cada cinco anos, por exemplo).

Por outro lado, se o magistrado – ao aplicar a lei – pode realizar interpretações mais elásticas, considerando especialmente preceitos constitucionais,

o regulamento também pode contemplar esse tipo de interpretação sem ser considerado ilegal,¹⁹⁴ com a vantagem de constituir uma norma de caráter geral.

4.2 O PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

Considerando-se as afinidades entre a atividade administrativa previdenciária e a atividade judicial, conforme já exposto, entende-se possível sustentar que o processo previdenciário é basicamente um só, sendo separado em duas instâncias: uma administrativa e outra jurisdicional.¹⁹⁵ Essa afirmação permite que se defenda a concentração das fases processuais, evitando-se, na medida do possível, a repetição de atos.

Evidentemente, impõe-se um processo administrativo no qual sejam observadas as garantias do administrado, em homenagem ao devido processo legal (RUBIN, 2014, p. 136). Passa a existir uma maior colaboração entre as instâncias judicial e administrativa, o que, aliás, já vem ocorrendo, mesmo que de maneira tímida. Como visto, algumas vezes a prova testemunhal nas demandas judiciais é colhida pela autarquia previdenciária, através de justificação administrativa. Por outro lado, o próprio Judiciário tem acesso aos sistemas internos do INSS, sem precisar solicitar formalmente informações à autarquia.

4.2.1 Instância administrativa

4.2.1.1 Fase inicial

¹⁹⁴ “Com a constitucionalização do direito administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida como *sistema de regras e princípios* – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não apenas à lei. [...] O princípio da juridicidade se expressa por normas de diversos graus hierárquicos. Em primeiro lugar, a juridicidade se exprime pelo conjunto de regras e princípios constitucionais, imediatamente habilitadores de diversas competências administrativas, especialmente no que toca à proteção e promoção dos direitos fundamentais [...] Em segundo lugar, a juridicidade pode exprimir-se por intermédio de leis formais ou atos com força de lei [...] Em terceiro lugar, a juridicidade pode expressar-se por intermédio de atos administrativos normativos (regulamentos)” (BINENBOJM, 2008, p. 311-2) [grifos do autor].

¹⁹⁵ O preâmbulo da antiga lei do contencioso administrativo espanhol (“Ley Jurisdiccional de 1956”), a propósito, destaca que o processo na jurisdição contenciosa administrativa não constitui uma cassação, mas uma primeira instância jurisdicional (ENTERRÍA; FERNANDEZ, 2000, p. 582).

Atualmente, o interessado pode tramitar o seu requerimento administrativo em qualquer agência da previdência. Entende-se que deve haver uma delimitação da área de atendimento, conforme o endereço do interessado, à semelhança do que ocorre na esfera judicial.

Essa medida possibilita um melhor planejamento do atendimento conforme o perfil e o quantitativo projetado da clientela do INSS. Por outro lado, permite a alocação de servidores mais preparados para determinadas espécies de benefícios que são recorrentes em áreas específicas (ex.: atividade especial em regiões industrializadas; aposentadoria por idade rural em áreas rurais). Como se não bastasse, ajuda a evitar a intermediação de benefícios, com o trâmite de inúmeros requerimentos no domicílio do intermediário.

Também se mostra cabível o trâmite do processo, desde o início, pela via eletrônica,¹⁹⁶ até porque dessa forma também já estão tramitando boa parte das demandas judiciais. Isso facilita o acesso remoto ao processo e sua tramitação, além de permitir o devido acompanhamento.

4.2.1.2 Fase de instrução

Entende-se que a instrução do processo previdenciário deve ser promovida prioritariamente no âmbito administrativo. Isso permite que o INSS analise devidamente todas as provas existentes, não ocorrendo algo semelhante à supressão de instância, com a produção de certas provas apenas no âmbito judicial. Também ajuda a inibir o indeferimento forçado, expediente adotado por alguns particulares para viabilizar uma demanda judicial.

Destarte, se for devidamente oportunizada a produção de provas, não se mostra cabível – em regra – a renovação da oportunidade no âmbito judicial. A

¹⁹⁶ Fernando Rubin (2014, p. 136) também defende a implantação de um processo administrativo eletrônico. O Decreto 8.539/15, a propósito, dispõe sobre esse assunto: “Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. [...] No prazo de seis meses, contado da data de publicação deste Decreto, os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão apresentar cronograma de implementação do uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. § 1º O uso do meio eletrônico para a realização de processo administrativo deverá estar implementado no prazo de dois anos, contado da data de publicação deste Decreto. § 2º Os órgãos e as entidades de que tratam o caput que já utilizam processo administrativo eletrônico deverão adaptar-se ao disposto neste Decreto no prazo de três anos, contado da data de sua publicação”.

situação aqui defendida já ocorre, em alguma medida, na prática. É o caso da mencionada justificação administrativa realizada por ordem judicial. Não se vislumbra diferença essencial entre a prova oral coletada por um conciliador designado pelo juiz, e a prova oral coletada por um servidor concursado da autarquia, considerando-se ainda a possibilidade de participação de advogados na justificação administrativa.¹⁹⁷

Evidentemente, o juiz poderá, até mesmo de ofício, determinar a reabertura da instrução administrativa, caso verifique inobservância de algum dispositivo regulamentar relativo à produção probatória, ou constate o indeferimento indevido a requerimento realizado pelo interessado no curso do processo. Tudo isso sem prejuízo de serem realizados esclarecimentos e diligências perante o próprio juízo competente, caso o magistrado entenda necessário (justificadamente), ou vislumbre alguma irregularidade.

O que se quer evitar, ao fim e ao cabo, é a omissão voluntária da parte interessada, desvalorizando o processo administrativo, bem como a inércia administrativa indevida, delegando para a esfera judicial o que deveria ser de responsabilidade do INSS – circunstâncias que acabam sobrecarregando o juiz da causa.

Também é pertinente o INSS ter poder de requisição, a fim de que os documentos e as informações solicitados a terceiros – para esclarecimento de fatos relativos ao objeto do processo – sejam devidamente atendidos. É cabível, também, uma regulamentação mais minuciosa no tocante os procedimentos para a demonstração do direito alegado, para que a atuação da autarquia seja uniforme nesse particular.

No que diz respeito à prova pericial, faz-se necessário o aprimoramento dos laudos administrativos, para que possam ser compreendidos por leigos. Propõe-se a criação de quesitos padronizados, permitindo-se a elaboração de um parecer técnico semelhante aos laudos judiciais. Os quesitos também ajudam a aprofundar o exame pericial, haja vista as respostas específicas exigidas do médico perito.

4.2.1.3 Fases decisória e impugnatória

¹⁹⁷ Aline Weber (2014, p. 17) também entende desnecessária a repetição do ato (justificação) no âmbito judicial.

A decisão deve ser estruturada de modo semelhante à sentença, analisando as provas produzidas e as regras aplicáveis à espécie.

Havendo discordância do administrado com a decisão proferida, entende-se cabível impugnação, oportunidade em que podem ser alegadas nulidades, juntados novos documentos e requerida complementação da prova, inclusive formulando-se quesitos complementares para a perícia, tudo com o intuito principal de afastar os fundamentos da decisão impugnada.

Essa impugnação deve ser realizada por profissional da advocacia, haja vista a complexidade da matéria previdenciária, que torna necessária a defesa técnica. Se na instância judicial isso usualmente ocorre (mesmo nos Juizados Especiais Federais, quando não é obrigatória a presença do advogado), não há razão para que seja diferente na instância administrativa, onde ordinariamente deve haver o reconhecimento de direitos. Além disso, a impugnação deve nortear o processo também na instância jurisdicional, se for o caso.

É possível, inclusive, a instalação de postos da defensoria pública federal nos locais onde existem das agências da previdência social, viabilizando-se a implantação da ideia aqui defendida. Não há como se garantir ao cidadão o pleno exercício de seus direitos previdenciários sem essa orientação profissional. O desconhecimento sobre as leis e a hipossuficiência eventualmente existente, por outro lado, não podem justificar a concessão de benefícios que – a rigor – seriam indevidos. É preferível, portanto, que se supra o estado de desinformação.

No caso dos benefícios por incapacidade, a impugnação deve ensejar a realização de perícia médica com uma junta de três peritos do INSS (de preferência os mais experientes), os quais reavaliam o segurado e elaboram novo laudo pericial, apresentando respostas aos quesitos eventualmente apresentados. Esse procedimento permite o compartilhamento de responsabilidades e conhecimentos técnicos, além do aprimoramento da perícia dentro do próprio instituto. O exame pode ser acompanhado também pelo médico assistente da parte interessada.

A impugnação deve ser remetida eletronicamente ao setor de consultoria da Procuradoria Federal (após a juntada do laudo do novo exame pericial, se for o caso), para manifestação sobre questões jurídicas do processo, inclusive no que diz respeito à observância das suas formalidades indispensáveis.

O parecer jurídico pode exarar opinião no sentido de que deve ser sanada alguma irregularidade ou complementada instrução processual, o que contribui para

a melhoria da função administrativa. Também pode dar subsídios ao INSS para eventualmente modificar a sua decisão, evitando indeferimentos definitivos motivados por insegurança dos servidores quanto à interpretação da legislação aplicável, ou ratificar o que restou decidido.

Em caso de conflitos reiterados entre a unidade do INSS e o entendimento da Procuradora local, ou em situações que exijam regulamentação adicional – inclusive por conta de tendências jurisprudenciais – a manifestação jurídica pode ser encaminhada aos órgãos regionais e nacionais da Procuradoria, objetivando a uniformização do assunto e a emissão de parecer com eficácia vinculante para o INSS. Isso permite o permanente aprimoramento das regras administrativas gerais, a partir das situações concretas enfrentadas diariamente pela autarquia previdenciária.

O parecer deve ser enviado, via processo eletrônico, à Gerência Executiva do INSS responsável pela agência que proferiu a decisão impugnada. Esse órgão deve apreciar a impugnação, mesmo após suprir alguma nulidade do processo administrativo ou determinar a produção de novas provas, mantendo a decisão anterior ou modificando-a (reexame). A decisão administrativa pode adotar como fundamento a manifestação jurídica da Procuradoria, por economia processual.¹⁹⁸

Caso a decisão não acolha integralmente a impugnação, o INSS – de ofício – dá início à etapa jurisdicional do processo, que é distribuído eletronicamente ao juiz da causa.

Essa distribuição eletrônica também pode ocorrer de maneira automática, após determinado prazo estipulado para a conclusão do processo na instância administrativa. Os prazos podem ser distintos dependendo da espécie de benefício e das provas exigidas para análise. Pode ser, por exemplo, um prazo máximo de 45 dias para os benefícios por incapacidade, um prazo máximo de 90 dias para as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial (aqui há frequentemente a análise de atividade especial ou de tempo rural, o que exige uma apreciação mais demorada das provas) e um prazo ordinário de 60 dias para requerimentos em geral.

¹⁹⁸ Nesse sentido o artigo 50, § 1º da Lei 9.784/99: Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Ocorrida a distribuição automática, o juiz pode dar vista às partes (setor de contencioso da Procuradoria e advogado do particular interessado) e julgar a causa no estado em que se encontra. Pode também fixar prazo adicional para que o INSS profira a decisão definitiva sobre a impugnação ou determinar diligências por conta própria, tudo sem prejuízo do deferimento de medidas cautelares, se assim entender.

Como o processo é eletrônico, o juiz pode acompanhar o seu andamento na instância administrativa.

4.2.2 Instância judicial

4.2.2.1 Competência para julgamento das ações previdenciárias

Diante da complexidade da matéria previdenciária, entende-se bastante importante a especialização dos magistrados no assunto, o que já se mostra bastante presente na justiça federal. Por isso, defende-se aqui a extinção da competência delegada da justiça estadual, assim como a extinção da competência originária da justiça estadual para o julgamento de causas previdenciárias ligadas a acidente de trabalho.

A interiorização crescente da justiça federal torna cada vez mais despicienda a jurisdição delegada,¹⁹⁹ que muitas vezes é utilizada como mera alternativa para evitar magistrados que têm conhecidas posições contrárias aos interesses da parte (embora a parte demandante não resida em local que possua sede da justiça federal, ela teria fácil acesso a essa jurisdição, o que é frequente em regiões metropolitanas). Ademais, para se ter uma jurisdição acessível, não é necessário o

¹⁹⁹ Sobre a interiorização da justiça federal, o artigo 1º da 12.011/09 tem o seguinte teor: “Art. 1º São criadas 230 (duzentas e trinta) Varas Federais, destinadas, precipuamente, à interiorização da Justiça Federal de primeiro grau e à implantação dos Juizados Especiais Federais no País. § 1º A localização das varas criadas por este artigo será estabelecida pelo Conselho da Justiça Federal, com base em critérios técnicos objetivos que identifiquem a necessidade da presença da Justiça Federal na localidade, levando-se em conta, principalmente, a demanda processual, inclusive aquela decorrente da competência delegada, a densidade populacional, o índice de crescimento demográfico, o Produto Interno Bruto, a distância de localidades onde haja vara federal e as áreas de fronteiras consideradas estratégicas. § 2º As Varas de que trata este artigo, com os respectivos cargos de Juiz Federal, Juiz Federal Substituto, cargos efetivos e em comissão e funções comissionadas, constantes do Anexo, serão implantadas gradativamente pelos Tribunais Regionais Federais, observada a disponibilidade de recursos orçamentários, em consonância com o disposto no § 1º do art. 169 da Constituição Federal. § 3º A implantação gradativa, inclusive dos cargos, de que trata o § 2º, será efetuada da seguinte forma: em 2010, 46 Varas; em 2011, 46 Varas; em 2012, 46 Varas; em 2013, 46 Varas; e em 2014, 46 Varas”.

ingresso no prédio do Poder Judiciário, e o processo eletrônico é a prova disso, bem como as audiências realizadas por vídeo (videoconferências). Como se não bastasse, o modelo aqui proposto pressupõe o início da etapa jurisdicional do processo a partir a agência da previdência social, de modo que o acesso ao Judiciário acaba confundindo-se com o acesso ao INSS.

Quanto às prestações previdenciárias decorrentes de acidente de trabalho, acrescente-se que o nexo causal entre a incapacidade e o trabalho nem sempre é claro, ou é o próprio objeto da impugnação apresentada. É mais eficiente, pois, não definir a competência do juízo com base nessa questão.²⁰⁰

Por outro lado, sustenta-se que os Juizados Especiais Federais devem ser competentes para julgar todas as causas relativas às prestações previdenciárias (inclusive questões conexas, como danos morais), aproveitando-se, dentro do possível, a estrutura já existente desses juizados.²⁰¹ Assim, parte das varas teria competência exclusivamente previdenciária (o que já existe – juizados especiais previdenciários), o mesmo ocorrendo com os órgãos recursais (turmas recursais previdenciárias, turmas regionais de uniformização dos juizados especiais previdenciários e Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Previdenciários).

O rito dos juizados especiais é mais célere e permite a adequação do procedimento de acordo com a espécie de benefício em discussão.²⁰² Com uma

²⁰⁰ Vejam-se, ainda, as considerações de Aline Weber (2014, p. 20): “Conquanto tais demandas não difiram, em essência, das ações nas quais se postulam benefícios previdenciários (seu traço distintivo é tão somente a natureza acidentária que origina a pretensão), são elas, por força constitucional (art. 109, I, da CR), de competência absoluta da justiça comum estadual, sendo-lhes prevista, ademais, a aplicação do rito sumário. Se ambas estas decisões do legislador tinham alguma razão de ser no passado, hoje se afigura evidente a impropriedade do tratamento conferido às causas acidentárias. Primeiro, porque a justiça federal já se encontra suficientemente aparelhada para seu processamento; segundo, porque o rito sumário previsto na lei apenas implica a indicação dos meios de prova desde logo e a realização de uma audiência inaugural com finalidade conciliatória. Como qualquer tentativa de composição da lide previdenciária será infrutífera antes de produzida qualquer prova judicializada que comprove o requisito que, por ausente na via administrativa, embasou o indeferimento da prestação, o procedimento sumário se iguala ao ordinário em termos de inadequação para uma tutela jurisdicional eficiente em matéria previdenciária”.

²⁰¹ Há que defenda proposta semelhante: “Os autores propõem a alteração da Lei 10.259/2001 para que todas as ações previdenciárias e assistenciais, independentemente do valor da causa, sejam de competência do Juizado Especial Federal, pondo fim a todas as controvérsias quanto à competência em razão do valor da causa ou ao grau de complexidade da prova a ser produzida” (BOCHENEK, NASCIMENTO, 2014, p. 118).

²⁰² A necessidade de se adequar o processo ao tipo de litígio também é destacada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 71). Especificamente sobre a questão previdenciária, José Antônio Savaris (2012, p. 99) assevera: “A lide previdenciária reclama instrumentos processuais por vezes distintos daqueles oferecidos pelo processo civil comum. A falta de disposição legal expressa que tenha por referencial as ações previdenciárias não impedirá a adoção de soluções processuais

instância administrativa forte e prevenindo litígios, justifica-se a celeridade na etapa jurisdicional.

4.2.2.2 Fase inicial

O processo na instância jurisdicional, como já referido, tem início com a distribuição automática ou feita de ofício pelo INSS. A delimitação da lide, a rigor, é dada pela impugnação apresentada ainda na esfera administrativa, de forma que essa impugnação constitui uma verdadeira petição inicial.²⁰³

Eventualmente, alguns aspectos da impugnação podem restar prejudicados, pois o INSS, antes da distribuição do processo, tem a oportunidade de rever a decisão impugnada, remanescendo a discussão judicial quanto às questões ainda controvertidas.

O magistrado pode, inclusive de ofício, deferir medidas cautelares, principalmente quando ainda há diligências pendentes na instância administrativa, e o juiz concorda em aguardar o resultado dessas diligências, bem como a decisão administrativa sobre a revisão do ato impugnado. Essa revisão administrativa tende a substituir com vantagens a conciliação judicial, pois o acordo pressupõe normalmente a renúncia a uma pequena parte dos valores devidos pela autarquia previdenciária.

As partes devem ter vista do processo para manifestação sobre os atos praticados na instância administrativa após a impugnação.

4.2.2.3 Fase de instrução

adequadas à relação jurídica previdenciária, pois tal diretriz é imposta diretamente pelos efeitos normativos de princípio constitucional do devido processo legal e, mais especificamente, do direito a uma proteção social justa”. Aline Weber (2014), por sua vez, defende a criação de um direito processual previdenciário, enquanto Fernando Rubin (2014, p. 131) propõe “uma teoria geral de procedimentos em Direito Social”

²⁰³ Segundo Aline Weber (2014, p. 13-6), como o juiz muitas vezes atua executando tarefas típicas da Administração, ampliando a instrução probatória e as possibilidades de se garantir ao indivíduo alguma proteção (independentemente do que foi analisado pelo INSS), atualmente não há propriamente uma delimitação da lide previdenciária. A função de controle de legalidade é extrapolada e não se contribui para o aperfeiçoamento da atuação administrativa. De acordo com a autora, não havendo intenção deliberada do INSS de prejudicar os administrados, o processo administrativo deve ter credibilidade suficiente para fixar os limites de eventual lide judicial, com a consequente aproximação entre a administração e a jurisdição.

Em princípio, a instrução aqui é complementar. Não se repetem atos já produzidos na instância administrativa, tais como a prova oral ou a pericial, a menos que se configure algum vício insanável (sendo necessária uma nova perícia, ela é feita pelos profissionais dos quadros da autarquia). Tudo, claro, passível de reavaliação pelo julgador.

Se, na instância administrativa, não há interesse na apresentação de testemunhas ou na realização de perícia, tem-se configurada a preclusão. Cabem, se necessário, esclarecimentos adicionais aos peritos, requisições a terceiros, bem com a produção de provas requeridas anteriormente e indeferidas indevidamente pelo INSS.

4.2.2.4 Fases decisória e recursal

Como se defende uma maior uniformidade na interpretação da legislação previdenciária, entende-se que o juiz não pode afastar, em cada caso sob seu julgamento, dispositivo regulamentar que considere ilegal. Ao invés disso, ao prolatar a sentença ou o acórdão, deve suscitar uma questão de ilegalidade, com as motivações pertinentes, remetendo o caso para apreciação pela Turma Nacional de Uniformização, a fim que esta decida com efeitos gerais (“erga omnes”). Uma vez julgada a questão de ilegalidade, ao juízo suscitante cabe retificar ou ratificar a sua decisão, abrindo-se prazo para as partes interpirem recurso, se cabível.²⁰⁴

Com mais razão, procedimento análogo deve ser adotado quando o magistrado entende ser inconstitucional uma lei (questão de inconstitucionalidade), remetendo igualmente o tema para análise pela Turma Nacional de Uniformização (ao menos enquanto não se tem um incidente dessa natureza previsto para todos os outros tribunais e juízos, com encaminhamento da questão ao Supremo Tribunal Federal).²⁰⁵ Nessa hipótese, a decisão sobre a questão de inconstitucionalidade funciona como um filtro ou um debate prévio ao julgamento que eventualmente será realizado pelo Supremo Tribunal Federal, com a interposição de recurso extraordinário. A decisão do órgão máximo dos Juizados Especiais Previdenciários

²⁰⁴ Instituto semelhante existe na Espanha (“cuestión de ilegalidad”), cabível quando as partes não interpõem recurso (VILLAR PALASI; VILLAR EZCURRA, 1999, p. 245-7; SANTAMARÍA PASTOR, 2000, p. 706-8). Tal instituto é referência para a proposta ora apresentada, podendo a prática espanhola eventualmente auxiliar no seu aperfeiçoamento.

²⁰⁵ Na Alemanha e na Espanha, por exemplo, há previsão de que a questão de inconstitucionalidade seja remetida ao Tribunal Constitucional (CARRASCO, 2012, p. 35).

não deve surtir efeitos enquanto pendente o julgamento de recurso extraordinário,²⁰⁶ sem prejuízo, também, do ajuizamento de ação direta de constitucionalidade.

Enquanto não suscitada e julgada definitivamente a questão incidental, a solução das controvérsias deve levar em conta a lei e o regulamento. Se isso não ocorrer, é cabível a interposição de reclamação, para a observância da competência aqui atribuída à Turma Nacional de Uniformização.²⁰⁷

Uma vez considerado ilegal dispositivo regulamentar, em julgamento definitivo da Turma Nacional de Uniformização, cabe à Administração adequar o seu ato normativo ao que restou decidido. Isso diminui a discrepância entre os entendimentos administrativo e judicial no tocante à interpretação da legislação previdenciária. Por outro lado, os efeitos gerais do julgado aumentam a responsabilidade dos julgadores, que devem também atentar para a coerência e a viabilidade técnica das soluções ou restrições apontadas.

Sugere-se, inclusive, para aumentar a legitimidade desse órgão julgador, que ele seja constituído não apenas por juízes de carreira, mas também por professores de direito previdenciário, advogados e procuradores federais.

Quanto aos demais recursos previstos na legislação, não se vislumbram modificações substanciais. No que tange aos pedidos de uniformização (direcionados às turmas regionais e à Turma Nacional), o objeto passa ser a uniformização da interpretação dada à legislação e também a interpretação dada ao seu regulamento. Com a ideia de especialização dos julgadores em matéria previdenciária, criando-se um subsistema próprio, entende-se desnecessária a uniformização com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

4.2.2.5 Coisa julgada

²⁰⁶ A decisão proferida em sede de recurso extraordinário tem sido, na prática, observada por todos, ainda que se trate de controle difuso de constitucionalidade (CARRASCO, 2012, p. 90).

²⁰⁷ Sobre a reclamação, a Constituição assim dispõe, nos seus artigos 102, I, "I", e 105, I, "f". "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...] Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões [...]". Atualmente, também é cabível a reclamação no dentro do sistema dos juizados especiais federais: "No âmbito dos juizados especiais federais, é cabível a interposição de reclamação, consoante se verifica na Questão de Ordem n. 16 da TNU: '*Na Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, admite-se reclamação contra decisão da turma recursal que recusa adaptar acórdão à jurisprudência consolidada*'" (BOCHENEK, NASCIMENTO, 2014 p. 225) [grifos dos autores].

Como já se disse, há quem sustente que a coisa julgada material, no caso das prestações previdenciárias, deve ser compreendida de maneira distinta. Sendo proferida decisão judicial definitiva que julga improcedente o pedido do segurado/dependente, por falta de provas capazes de demonstrar o direito ao benefício pleiteado, poder-se-ia formular, no futuro, requerimento idêntico ao anterior, com base em novas provas, sendo a pretensão passível de ser analisada judicialmente mais uma vez. Isso em razão da importância da proteção previdenciária para a vida dos cidadãos.

Parece que esse entendimento (a ser estabelecido em lei) permitiria um rigor maior na apreciação das provas, evitando-se preocupações com situações peremptórias prejudiciais ao segurado, o que muitas vezes acarreta a concessão de benefícios sem a devida demonstração do direito alegado. O “princípio in dubio pro misero” é um exemplo do que ora se afirma.

Assim, até para que se distribua adequadamente o ônus probatório, sem favorecimento da parte demandante em razão dos direitos sociais que estão em jogo, considera-se pertinente possibilitar a renovação do pedido e a sua reapreciação na instância judicial, ainda que haja sentença anterior afastando o direito ao benefício com base na insuficiência probatória.²⁰⁸ No novo requerimento deve, evidentemente, ser produzida prova distinta daquela tida como insuficiente para o acolhimento da pretensão.

Por outro lado, também se justificativa previsão legislativa alterando os efeitos da coisa julgada material quando a prestação previdenciária é concedida com base em prova fraudulenta. Muitas vezes as fraudes contra a previdência são organizadas por quadrilhas que causam prejuízos consideráveis ao sistema.

Como os benefícios constituem prestações continuadas, a coisa julgada (no caso dos benefícios concedidos judicialmente) permite que o prejuízo continue

²⁰⁸ Se o pedido foi julgado improcedente porque as provas demonstram não haver o direito ao benefício, não cabe a reapreciação: “RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO. COISA JULGADA MATERIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. NOVA AÇÃO COM FORMULÁRIOS RETIFICADOS PELA EMPRESA QUE SE ENCONTRAM EM DESACORDO COM OS QUE SE ENCONTRAVAM NA PRIMEIRA AÇÃO. COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUM PROBATIONES. INVIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. É inaplicável a tese da coisa julgada secundum eventum probationes quando a pretensão foi anteriormente recusada, não em razão de insuficiência de prova, mas pelo conjunto probatório do primeiro feito ter demonstrado que a atividade exercida pelo recorrente não era especial. 2. A ação proposta objetivando pronunciamento judicial acerca de questão já decidida em feito precedente, com trânsito em julgado, acarreta a extinção da nova demanda, sem apreciação de mérito, visto que configurada a coisa julgada material (art. 267, V, CPC)” (TRF4, AC 5009549-81.2012.404.7112, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão José Antonio Savaris, julgado em 22/07/2014).

aumentando mesmo após a descoberta do ilícito cometido.²⁰⁹ Ora, a chancela judicial não deve servir para albergar as ilicitudes contra a previdência social, afigurando-se apropriada a possibilidade de revisão dos benefícios, por iniciativa do próprio INSS (garantido o acesso do interessado à instância jurisdicional), ainda que sem efeitos retroativos (em respeito ao provimento judicial transitado em julgado).²¹⁰

Oportuno destacar, ainda, que atualmente não é cabível o manejo da ação rescisória no âmbito dos Juizados Especiais Federais, por aplicação subsidiária do artigo 59 da Lei 9.099/95 (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2014, p. 225).²¹¹ Entretanto, como se defende a competência desses juizados para o julgamento de todas as demandas previdenciárias, e considerando-se especialmente a possibilidade natural

²⁰⁹ No caso das relações continuativas, a alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas que embasaram a decisão transitada em julgado autoriza nova demanda sem ofensa à coisa julgada: “Frize-se que a imutabilidade da coisa julgada protege a declaração judicial apenas enquanto as circunstâncias (fáticas e jurídicas) da causa permanecem as mesmas, inseridas que estão na causa de pedir da ação. Sempre que as circunstâncias (fáticas ou jurídicas) da causa forem alteradas de maneira a dar composição a nova causa de pedir, surgirá ensejo a nova ação, totalmente diferente da ação anterior, e, por esta razão, não preocupada com a coisa julgada imposta sobre a primeira decisão” (MARINONI, 2008, p. 139) [grifos do autor]. A fraude das provas não caracteriza, contudo, circunstância nova, mas “uma circunstância velha sob roupagem nova” (MARINONI, 2008, p. 144), motivo pelo qual se justifica o argumento de que é necessária uma inovação legislativa para o trato da questão na esfera previdenciária. Apesar disso, já se considerou como um fato novo a apuração posterior da ilicitude: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL. FRAUDE. COISA JULGADA. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO. 1. O pagamento de benefício previdenciário constitui relação jurídica de trato sucessivo, de maneira que, apurando-se posteriormente a prática de fraude na sua concessão, fato novo adveio, justificando a ação revisional de benefício, pois resta patente a falta de base jurídica para a continuidade do seu pagamento, de forma que a suspensão de referido pagamento é imperativo lógico e jurídico. 2. A continuidade do pagamento de benefício, obtido por meio fraudulento, com base na coisa julgada, desprestigia princípios constitucionais de igual quilate, tais como o da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade dos bens públicos, cedendo, inclusive, diante do fato de que a má-fé na produção de prova não pode conduzir à consolidação do direito no patrimônio do fraudador, devendo o processo ser um instrumento de distribuição de justiça, e não um meio para consolidação de fraude sob o manto da coisa julgada, não podendo, destarte, o Poder Judiciário compactuar com a má-fé, permitindo o locupletamento ilícito. 3. Agravo de instrumento desprovido” (TRF3, Agravo de Instrumento n. 2003.03.00.024797-1, 10ª Turma, Rel. Des. Fed. Jediael Galvão, julgado em 19/09/06).

²¹⁰ Defende-se, na hipótese, uma restrição temporal dos efeitos da coisa julgada, aspecto que está compreendido nos limites objetivos do instituto, conforme Eduardo Talamini (2005, p. 87). O citado autor (2005, p. 602-6) sustenta que é possível uma “quebra parcial” da coisa julgada, de modo a ser neutralizada apenas uma parte das eficácias da sentença, o que parece ser o caso da proposta aqui realizada. Entretanto, segundo ele (2005, p. 646-8), não pode a Administração Pública desconsiderar a coisa julgada, havendo “reserva de sentença” para uma possível quebra, em razão da separação de poderes. Como não ocorre propriamente a desconstituição da sentença na aludida restrição temporal, entende-se viável sustentar que a medida é passível de ser efetivada, ao menos em princípio, na via administrativa, até porque há oportunidade para posterior impugnação judicial. De todo modo, pode-se cogitar, como solução alternativa, a necessidade de homologação judicial para que o processo de revisão do benefício, iniciado na instância administrativa, seja concluído. É oportuno registrar, por outro lado, que não é aplicável aos casos de comprovada má-fé o prazo decadencial para o INSS anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos beneficiários (artigo 103-A da Lei 8.213/91, já transcrito).

²¹¹ “Art. 59. Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei”.

de erros nos julgados, não se vislumbra motivo para que não sejam rescindíveis as decisões definitivas sobre matéria previdenciária, nas hipóteses previstas para as ações cíveis em geral.²¹²

A viabilidade da ação rescisória não contradiz o que se afirmou acerca das fraudes. Ultrapassado o prazo para o ajuizamento da ação, cuja decisão deve ter efeitos retroativos, remanesce a possibilidade de revisão – sem esses efeitos – do benefício obtido ilicitamente.

4.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Normalmente, existem vários caminhos disponíveis quando se discute o aprimoramento de instituições e as melhorias no seu funcionamento. A proposta apresentada teve o objetivo principal de atribuir maior valor à instância administrativa previdenciária – em respeito às atribuições do INSS, às capacidades institucionais da Administração e às peculiaridades do sistema de previdência social – sem violar o direito de acesso do segurados e dependentes a uma jurisdição célere e racionalizada. Com isso, se evita, inclusive, a sobrecarga do Poder Judiciário, o que tende a melhorar a tutela jurisdicional. Também se fomenta a colaboração entre as instâncias administrativa e judicial.

Não há dúvidas de que uma proposta dessa natureza demanda ajustes e conformações, a partir de eventuais dificuldades enfrentadas na prática. Espera-se, contudo, a manutenção das finalidades buscadas com o modelo almejado.

²¹² Artigo 485 do Código de Processo Civil: “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa; § 1o Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. § 2o É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

CONCLUSÃO

A Previdência Social brasileira, organizada sob a forma de seguro, proporciona proteção a segurados e dependentes quando enfrentam determinadas situações de risco social previstas na Constituição e reguladas em lei. Trata-se de relevante mecanismo de auxílio estatal que contribui para o bem estar da comunidade, haja vista a vinculação obrigatória da maioria dos trabalhadores ao aludido sistema de proteção.

As prestações previdenciárias – benefícios e serviços – são distribuídas conforme critérios específicos definidos na legislação ordinária, os quais definem a forma de alocação dos recursos públicos destinados ao custeio daquelas prestações. Essa distribuição de bens ente segurados e dependentes é orientada pela justiça distributiva, alcançando-se, mesmo que indiretamente, o bem comum.

Como se trata de um direito social vinculado à subsistência do indivíduo, não surpreende a existência de importantes conflitos envolvendo a aplicação da legislação previdenciária, os quais acabam sendo solucionados pelo Poder Judiciário, muitas vezes com a desconsideração das regras que seriam pertinentes ao caso em julgamento. Isso ocorre frequentemente em demandas individuais, sem necessária repercussão em outros casos judiciais ou no âmbito administrativo (INSS), circunstância que tem o potencial de afetar o equilíbrio financeiro e atuarial sistema (de natureza securitária, como já se disse), o desenvolvimento das políticas públicas previdenciárias e a observância da justiça distributiva.

As desigualdades existentes no País, as necessidades econômicas dos menos favorecidos, as deficiências estatais no que concerne às inúmeras prestações esperadas pelos particulares, além de outras questões correlatas, parece ter despertado um viés assistencialista no Poder Judiciário, que vem sendo responsável pela resposta a muitos anseios da população, em detrimento dos demais poderes constituídos. Esse ativismo ganha bastante legitimidade com o desenvolvimento de teorias jurídicas, especialmente as teses neoconstitucionalistas, capazes de dar suporte doutrinário às decisões judiciais que não se restringem à simples observância da legislação previdenciária.

O protagonismo judicial, aliado à própria ineficiência administrativa, acarreta sensíveis divergências de entendimento entre o INSS e o Judiciário, gerando desconfiança dos particulares quanto à legitimidade dos atos praticados pela

autarquia previdenciária. Isso estimula ainda mais o ajuizamento de demandas judiciais, sem contribuir de maneira eficaz para o aprimoramento da atividade administrativa.

O controle jurisdicional dos atos administrativos do INSS, na prática, não fica limitado a um exame de legalidade, do modo que o administrado (normalmente beneficiário da assistência judiciária gratuita) tende a utilizar a via judicial como uma “segunda chance” de ver reconhecido um direito nem sempre existente. A interpretação da legislação previdenciária com uma visão assistencialista desconsidera a natureza securitária e contributiva do sistema.

Ainda que o Poder Judiciário detenha o monopólio da jurisdição, uma vez que no Brasil foi adotado o sistema de jurisdição única, é possível que se concretize o ideal de justiça também na instância administrativa. Ganha importância, assim, o processo administrativo, no qual devem ser observados direitos e garantias à semelhança do que ocorre no processo judicial.

Mesmo existindo legislação e atos normativos dispendo acerca do processo administrativo previdenciário, parecem faltar mecanismos eficientes de amplo controle quanto ao cumprimento das devidas formalidades. Isso porque, na via judicial, a tendência é o deferimento do benefício postulado, se for o caso, afigurando-se contraproducente todo o processamento da demanda para uma tutela jurisdicional limitada à decretação de nulidades processuais administrativas (o objetivo é uma prestação estatal, e não o simples desfazimento de um ato administrativo).

Além disso, não é obrigatório o esgotamento da instância administrativa para o ajuizamento de uma ação judicial, de modo que a interposição de recurso destinado ao Conselho de Recursos da Previdência Social é uma mera faculdade do interessado. Não há necessariamente, portanto, um reexame, pela própria Administração, dos atos praticados.

A valorização e qualificação do processo administrativo no âmbito do INSS pode constituir uma boa resposta ao ativismo, adotando-se a premissa de que a atuação judicial deve ser subsidiária e restrita ao controle da legalidade dos atos da Administração. É preciso levar em conta, ainda, a inexistência de diferença substancial entre a atividade administrativa e a atividade judicial.

Ainda que a flexibilização das regras de concessão de benefícios possa parecer salutar sob a ótica individual, ela se torna bastante problemática se for

considerada a coletividade de segurados, as exigências da justiça distributiva e a necessidade de cooperação entre os integrantes do sistema securitário (e não de competição). Como se não bastasse, o poder público também deve ser responsável pela educação previdenciária dos indivíduos, e a exigência de cumprimento da legislação pertinente ajuda a promover essa educação.

Coaduna-se com a ideia de prestigiar a instância administrativa a maior capacidade institucional da Administração de interpretar a legislação previdenciária, especialmente através de regulamento. A Administração detém conhecimento de questões técnicas, orçamentárias e atuariais, é responsável pelo planejamento das políticas públicas específicas e presta contas dos atos que pratica. Quando adota entendimento acerca de determinado dispositivo legal, inclusive uma interpretação menos literal, leva em conta a viabilidade de sua aplicação ampla, haja vista a organização hierárquica administrativa que permite a uma atuação uniforme.

Além disso, o regulamento garante maior segurança jurídica, uma vez que tem aplicação prospectiva. Isso sem falar que eventual alteração de entendimento pode ser instaurada de maneira rápida e com abrangência geral.

O processo administrativo deve ser conduzido com imparcialidade, não se podendo presumir o contrário, até porque o servidor público está adstrito à legalidade e pode ser responsabilizado por eventuais desvios de conduta. A legalidade aqui inclui a finalidade de atender o interesse público, qual seja, a vontade estatal que colabora para a consecução do bem comum. Não há, sob esse enfoque, uma postura propriamente antagônica à do administrado, que só tem direito às prestações previdenciárias quando efetivamente cumpridos os requisitos legais para tanto.

Evidentemente, equívocos administrativos ocorrem. A complexidade da legislação previdenciária e dos casos concretos pode ensejar dúvidas quanto ao reconhecimento do direito postulado, cabendo à consultoria jurídica da autarquia previdenciária auxiliar no enfrentamento da questão, ao invés de se atribuir a solução para a esfera judicial.

Ao lado de um processo administrativo fortalecido, também se mostra pertinente uma especialização da instância judicial na matéria previdenciária (o que já se verifica – em alguma medida – com a Justiça Federal), adotando-se ainda soluções processuais compatíveis com o direito material postulado.

Com essas considerações, entende-se que o modelo atual de justiça previdenciária pode e deve ser modificado, aumentando-se a eficiência da atuação estatal no que tange ao reconhecimento do direito a benefícios e serviços, inclusive com uma maior integração entre as instâncias administrativa e judicial, consideradas como etapas de um mesmo processo previdenciário.

As propostas defendidas neste trabalho, de organização e funcionamento da justiça previdenciária, em resumo, são as seguintes:

(i) delimitação da área de atendimento de cada uma das agências da previdência social, para que o INSS, a partir da identificação do público-alvo específico, possa aperfeiçoar a prestação dos serviços;

(ii) utilização do processo eletrônico tanto na instância administrativa quanto na instância judicial, viabilizando-se o acesso remoto do interessado e facilitando-se a tramitação entre as instâncias;

(iii) produção de provas no âmbito administrativo com aproveitamento na etapa jurisdicional, evitando-se, tanto quanto possível, a repetição de atos;

(iv) eliminação da fase administrativa recursal, de modo que a impugnação da decisão proferida, realizada necessariamente por profissional da advocacia (haja vista a complexidade das questões previdenciárias), fixe os pontos controvertidos para uma eventual etapa judicial, sendo oportunizada no momento dessa impugnação a complementação da prova pelo interessado;

(v) realização de nova perícia após a impugnação, se for caso, por uma junta de médicos peritos do INSS (três médicos);

(vi) manifestação obrigatória do órgão de consultoria jurídica do INSS acerca da impugnação e da observância das formalidades processuais administrativas;

(vii) reexame da decisão pela gerência executiva à qual a agência da previdência está vinculada (revisão pelo órgão hierárquico superior), inclusive com eventual aprimoramento da instrução ou suprimento de nulidades processuais, antes da distribuição da impugnação pela via eletrônica junto ao Poder Judiciário (se o reexame não propiciar o acolhimento total da pretensão);

(viii) eliminação da competência da Justiça Estadual (delegada e originária), e da competência da Justiça Federal – relativa às varas de procedimento ordinário – para o julgamento das demandas envolvendo prestações previdenciárias, que devem tramitar em juizados especiais federais previdenciários, turmas recursais

previdenciárias, turmas regionais de uniformização dos juizados previdenciários, e perante um Turma Nacional de Uniformização dos desses juizados;

(ix) adequação de procedimentos, no âmbito dos juizados especiais previdenciários, à natureza das prestações postuladas;

(x) utilização de peritos do INSS para esclarecimento de eventuais dúvidas de natureza técnica surgidas na etapa jurisdicional;

(xi) impossibilidade de afastamento, pelo juiz singular, de dispositivo regulamentar tido como ilegal, devendo ser suscitada uma questão de ilegalidade a ser julgada pela Turma Nacional de Uniformização da Legislação Previdenciária (no caso de inconstitucionalidade, deve ser suscitada questão de inconstitucionalidade, também dirigida ao referido órgão julgador);

(xii) afastamento da coisa julgada no caso de insuficiência probatória (diminuindo-se a tendência de se reconhecer o direito almejado quando ele não foi devidamente comprovado) e também nas hipóteses de fraude processual, sem prejuízo do manejo de ação rescisória enquanto houver prazo para tanto.

Essas propostas constituem uma estrutura básica (linhas gerais), evidentemente passíveis de aperfeiçoamento e ajustes ao longo do tempo.

Pretendeu-se, ao fim e ao cabo, aprimorar as condições para que o INSS cumpra uma de suas principais funções – reconhecimento de direitos previdenciários –, sem que isso impeça o acesso do particular a uma jurisdição menos sobrecarregada e mais racionalizada, tudo contribuindo para o alcance da justiça distributiva e a realização do bem comum.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 113, n. 3, p. 633-729, jan. 2000. Disponível em < <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/TheNewSeperationofPowers.pdf> > Acesso em 16 de outubro de 2011.

ALBUQUERQUE JUNIOR, Raimundo Parente de. **Juridicidade *contra legem* no processo administrativo**: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 3ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2007.

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2012. v. VI.

ARISTOTLE. **The nichomachean ethics**. 5. Ed. London: Kegan Paul, Trench, Truebner & Co., 1893.

ATRIA, Fernando. Existem Direitos Sociais? **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 56, set./dez. 2005.

_____. La ironía del positivismo jurídico. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, 27 p. 81-139, 2004.

_____. **On law and legal reasoning**. Portland: Hart Publishing, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, Humberto. “Neoconstitucionalismo”. Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan/fev/mar 2009. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp> > Acesso em 20 de abril de 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 211, p. 65-77, jan./mar 1998.

BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

_____. **Filosofia do direito**: os conceitos fundamentais e a tradução jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOCHENEK, Antônio Cesar; NASCIMENTO, Márcio Augusto. **Juizados especiais federais cíveis e casos práticos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2014.

Boletim estatístico da previdência social. Brasília: Ministério da Previdência Social, v. 19, n. 12, dez. 2014. Disponível em: < http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/02/Beps122014_final.pdf > Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília, 2011. 25p. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf >. Acesso em: 17 de janeiro de 2015.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARRASCO, Álvaro José Bettanin. **A função jurisdicional ordinária e o estado democrático de direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **A constituição federal comentada**. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. v. III.

_____. **Tratado de direito administrativo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. IV.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Uma defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **A administração pública e a ordem jurídica privada**. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1961.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DWORKIN, Ronald. Is a law a system of rules? In: _____. **The philosophy of law**. London: Oxford Univesity, 1977. p. 38-65.

_____. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 7ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1975.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Gênese, 1993.

FULLER, Lon Luvois. **The morality of Law**. London: Yale University, 1964.

_____. The forms and limits of adjudication. In: WINSTON, Kenneth I. **The principles of social order**: selected essays of Lon L. Fuller. Portland: Hart Publishing, 2001.

GANEM, Fabrício Faroni; RANGEL, Henrique; BOLONHA, Carlos. Modelos de decisão e análise institucional. Revista julgar on line, Lisboa, 2004. Disponível em: < <http://julgar.pt/modelos-de-decisao/> > Acesso em 16 de fevereiro de 2015.

_____; _____. Perspectiva institucional sobre o ativismo e a supremacia judiciais. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia. Anais do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. 14641-14665.

_____; _____. BOLONHA, Carlos. A atividade institucional do INSS e sua difícil relação com o judiciário. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 110, p. 593-617, out. 2014/jan. 2015.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald M. **Administrative law and process**: in a nutshell. 4th ed. St. Paul: West Group, 1997.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **O conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. Porto Alegre: UFRGS, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2000.

_____, José Guilherme. A moralidade administrativa – história de um conceito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 230, p. 291-303, out./dez. 2002.

GRAU, Eros Roberto. Equidade, razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 17-26, 2005.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 2^a ed. New York: Oxford University, 1994.

HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaire de droit administratif**. 4^a ed. Paris: Raecuel Sirey, 1938.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HIEN, Eckart. A reforma do sistema judicial alemão. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 52-5, jul/set. 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A previdência social no estado contemporâneo**. Niterói: Impetus, 2011.

_____. **Curso de direito previdenciário**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. México: FCE, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O processo administrativo na previdência social**. São Paulo: Atlas, 2012.

LAVRATTI, Rafael Santos. Propostas institucionais de aperfeiçoamento. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha (Coord.). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011. Relatório de pesquisa. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/formacao-e-capacitacao/cnj-academico/pesquisas-aplicadas-cnj-academico> > Acesso em: 10 de novembro de 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do direito administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LINDBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

_____. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. Ativismo judicial e concretização dos direitos de seguridade social. In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. II.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**. Belo Horizonte, Fórum, 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**: noções de direito previdenciário. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005. Tomo I.

MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios a constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito administrativo moderno**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Controle da administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **A processualidade no direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MICHELON, Claudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. **U. of Edinburgh School of Law Working Paper** n. 2009/08, mar. 2009. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=1371140> > Acesso em: 22 de julho de 2012.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação e criação judicial do direito**: de Savigny a Friederich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 27ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Vânia Cardoso André de. Jurisdição administrativa: necessidade de adoção de um processo judicial público para legitimar o Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 23, n. 3, p. 39-47, mar 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/37234/jurisdicao_administrativa_necessidade_moraes.pdf?sequence=1 > Acesso em: 28 de outubro de 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.784/99. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Contencioso administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, 190, p. 1-44, out./dez. 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Social justice in a open world: the role of the United Nations**. New York: United Nations, 2006.

PEDRO, Fábio Nadal. Dos impedimentos e da suspeição na Lei n. 9784/99. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de (org.). **Processo Administrativo**: temas polêmicos da Lei 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. Os princípios constitucionais de seguridade social como limitadores do ativismo judicial na proteção social. In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. Tomo IV.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

POSTEMA, Gerald J. Legal Positivism: Early Foundations. **UNC Legal Studies Research Paper** n. 1975470, dez. 2011. Disponível em: < SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1975470> > Acesso em: 28 de julho de 2012.

POZZOLO, Susanna. Un Constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

PRAT, Julio A. Prat. **De la desviación de poder**. Montevideo: [S.ed.], 1987.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O federalismo numa visão tridimensional do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Conclusão. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha (Coord.). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011. Relatório de pesquisa. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/formacao-e-capacitacao/cnj-academico/pesquisas-aplicadas-cnj-academico> > Acesso em: 10 de novembro de 2011.

RHONHEIMER, Martin. **La filosofia politica di Thomas Hobbes**: coerenza e contraddizioni di un paradigma. Roma: Armando, 1997.

RUBIN, Fernando. **Benefícios por incapacidade no regime geral da previdência social**: questões centrais de direito material e de direito processual.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de derecho administrativo**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. v. 2.

SAPHIRO, Scott J. The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed (February 2, 2007). **U. of Michigan Public Law Working Paper** n. 77, fev. 2007. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=968657> > Acesso em: 22 de julho de 2012.

SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Uma teoria da decisão judicial da previdência social**: contributo para superação da prática utilitarista. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11ª ed. São Paulo, Malheiros, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luís. **Teoria geral do processo civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Raquel Dias da. Princípio da supremacia do interesse público como fundamento das relações de trabalho entre servidores públicos e Estado. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**. Belo Horizonte, Fórum, 2010.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

_____. Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, n. III, p. 7-18, mar. 2005.

_____. Estudo introdutório: em torno do sentido de federalismo. In: _____; ÁVILA, Marta Marques (coord.). **Direito do Estado – estudos sobre federalismo**. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007.

_____ (Coord.). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011. Relatório de pesquisa. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/formacao-e-capacitacao/cnj-academico/pesquisas-aplicadas-cnj-academico> > Acesso em: 10 de novembro de 2011.

STRAUSS, Leo. **La ciudad y el hombre**. Traducido por Leonel Livchits. Buenos Aires: Katz, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de (org.). **Processo Administrativo: temas polêmicos da Lei 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. **The Partial Constitution**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1993.

_____, Cass; VERMEULE; Adrian. **U. of Chicago Public Law Research Paper** n. 28, jul. 2002. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=320245> > Acesso em: 11 de janeiro de 2015.

TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fábio. Introdução. In: _____; _____ (org). **Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas**. Rio de Janeiro: IPEA, 2017.

_____, Paulo. Seguridade e previdência: conceitos fundamentais. In: _____; GIAMBIAGI, Fábio (org). **Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas**. Rio de Janeiro: IPEA, 2017.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TERRA, José Luíz Luvizetto. As justificações administrativas e o juizado especial federal: a (im)possibilidade de determinação judicial para a realização de justificação administrativa, com fixação de critérios judiciais de observância obrigatória. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 29, abr. 2009. Disponível em < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao029/jose_terra.html > Acesso em: 12 de fevereiro de 2015.

VILLAR PALASI, Jose Luis; VILLAR EZCURRA, Jose Luis. **Principios de derecho administrativo**. 4ª ed. Madrid: Universidad Complutense, 1999. Tomo I.

WEBER, Aline Machado. Apontamentos sobre a Efetividade da Tutela Jurisdicional em Matéria Previdenciária. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 2, dez. 2014. Disponível em: < <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50109/32728> > Acesso em: 06 Mar. 2015.

XAVIER, Alberto. **Do procedimento administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.