

JOSÉ ANTONIO SAVARIS

# DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO

7ª EDIÇÃO  
Revista e Atualizada



Alteridade  
Curitiba - 2018

# SUMÁRIO

SIGLAS E ABREVIATURAS.....	33
----------------------------	----

## **Parte I – MARCO TEÓRICO DO DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO**

<b>Capítulo 1 – A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO SOCIAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA .....</b>	<b>43</b>
---	-----------

1.1 - Premissas metodológicas .....	47
-------------------------------------	----

1.2 - A eficácia normativa dos princípios constitucionais .....	49
---	----

1.3 - O direito fundamental à tutela jurisdicional adequada - ou o direito fundamental ao processo justo .....	51
--	----

1.4 - Direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva e a judicialização das políticas públicas para a realização de direitos fundamentais de proteção social .....	54
---	----

1.5 - Elementos caracterizadores do Processo Previdenciário – a natureza do objeto da lide ...	55
--	----

1.6 - Elementos caracterizadores do Processo Previdenciário – os sujeitos do processo .....	59
---	----

1.7 - Exigências de Normatividade do Direito Processual Previdenciário .....	63
--	----

1.7.1 - Interesse de agir em matéria previdenciária.....	64
--	----

1.7.2 - A fungibilidade das ações previdenciárias e a relativização do princípio dispositivo...66	
---	--

1.7.3 - O problema da má delimitação da lide previdenciária .....	71
---	----

1.7.4 - Como conciliar a definitividade da coisa julgada com a provisoriedade dos benefícios previdenciários por incapacidade? .....	76
--	----

1.8 - Normas processuais previdenciárias expressas no sistema normativo.....	78
--	----

1.8.1 - A Constituição da República e a competência delegada .....	78
--	----

1.8.2 - A Constituição da República e créditos alimentares devidos pela Fazenda Pública...78	
--	--

1.8.3 - Considerações normativas sobre prova em direito previdenciário .....	80
--	----

<b>Capítulo 2 – PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO .....</b>	<b>83</b>
---	-----------

2.1 - Princípio da não preclusão ao direito previdenciário .....	85
--	----

2.1.1 - Princípio da não preclusão e a imprescritibilidade do direito previdenciário .....	85
--	----

2.1.1.1 - Imprescritibilidade, inalienabilidade e indisponibilidade.....	86
--	----

2.1.2 - Princípio da não preclusão e os limites da coisa julgada em matéria previdenciária .....	89
2.1.2.1 - A coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i> .....	91
2.1.3 - Princípio da não preclusão e verdade real .....	99
2.1.3.1 - Positivismo filosófico, juízos de imparcialidade e a verdade no direito social .....	102
2.1.3.2 - Verdade real e solução de equidade.....	105
2.1.3.3 - O Positivismo e a banalização do sofrimento humano .....	110
2.1.3.4 - O processo voltado para a justiça e para o ser humano.....	112
2.1.3.5 - Parcialidade positiva como caminho à verdade na aplicação do direito previdenciário.....	113
2.2 - Princípio da imediatidade da tutela previdenciária .....	114
2.3 - Princípio do acertamento da relação jurídica de proteção social .....	117
2.3.1 - A concepção da função jurisdicional de controle da legalidade do ato administrativo.....	117
2.3.1.1 - O problema do direito superveniente à tutela administrativa.....	119
2.3.2 - A concepção da função jurisdicional de controle do ato administrativo a partir de uma perspectiva de efetividade processual .....	120
2.3.3 - A concepção da função jurisdicional de acertamento da relação jurídica de proteção social .....	122
2.3.3.1 - Alegações inéditas em juízo e o problema do interesse de agir.....	126
2.3.3.2 - Alegações inéditas em juízo e o problema do termo inicial dos benefícios...	130
2.3.3.3 - Princípio da primazia do acertamento e sua relação com o princípio dispositivo .....	132
2.4 - Princípio da proteção judicial contra lesão implícita (lesão por omissão) a direito .....	134
<b>Capítulo 3 – O PRIMADO DA EFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JUSTIÇA PREVIDENCIÁRIA DESTE INÍCIO DE SÉCULO .....</b>	<b>139</b>
3.1 - A Emenda Constitucional 19/98 e a Emergência do Paradigma da Eficiência na Administração Pública – Mas de que Eficiência se trata? .....	139
3.1.1 - Mas o que há de errado em a Administração Pública buscar a eficiência?.....	142
3.1.2 - Afinal, o que há de errado em a Administração Pública buscar a eficiência econômica? .....	142
3.2 - Sinais de crise na Justiça Previdenciária.....	144
3.2.1 - Três fatores determinantes para a multiplicação das lides previdenciárias.....	147
3.2.1.1 - A Administração Paralela .....	147
3.2.1.2 - Ferramentas artesanais para julgamentos de massa .....	149
3.2.1.3 - O hiato entre a postura administrativa e o direito aplicado judicialmente ...	151
3.2.2 - Pontos críticos como desafios a um processo judicial efetivo .....	153
3.2.3 - Uma aproximação dos pontos críticos.....	154
3.3 - A preponderância da eficiência no processo judicial previdenciário .....	156

3.4 - Processo previdenciário e eficiência gerencial .....	157
3.5. O desafio da tutela jurisdicional nas ações de benefícios por incapacidade nos Juizados Especiais Federais.....	165

## **Parte II – TEMAS CENTRAIS DO DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO**

<b>Capítulo 4 – PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO .....</b>	<b>173</b>
4.1 - Estado Democrático de Direito e Processo Administrativo.....	174
4.2 - Âmbito de aplicação da Lei 9.784/99.....	177
4.3 - Caracterização do Processo Administrativo Previdenciário .....	179
4.4 - Distinção entre procedimento e processo .....	179
4.5 - Procedimento e processo no campo previdenciário.....	181
4.6 - Garantias processuais para o processo administrativo previdenciário .....	185
4.6.1 - Garantias processuais constitucionais .....	185
4.6.2 - Entre as garantias constitucionais e as normas da lei processual administrativa – a atuação conforme a Lei e o Direito .....	188
4.6.3 - A Lei 9.784/99 e o processo administrativo previdenciário.....	189
4.6.4 - Os critérios para condução do processo administrativo .....	189
4.6.5 - Os direitos do administrado no processo administrativo .....	190
4.6.6 - Os deveres do administrado no processo administrativo .....	190
4.6.7 - Outras disposições relevantes para o processo administrativo previdenciário.....	190
4.6.7.1 - Particularidades dos recursos no processo administrativo previdenciário....	192
4.7 - A Distância Astronômica da Realidade Administrativa para com as Imposições Jurídicas de um Processo Previdenciário .....	194
<b>Capítulo 5 – O EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA PELA ADMINISTRAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ...</b>	<b>199</b>
5.1 - Limites formais (limites quanto ao modo de se exercer a autotutela) .....	201
5.1.1 - Limites temporais para o exercício da autotutela – a decadência do direito de revisão do ato administrativo de concessão de benefício previdenciário.....	201
5.1.2 - Limites processuais – o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa ...	205
5.1.2.1 - Devido processo legal, limite de alçada e desconsideração dos efeitos de prestação previdenciária em juízo .....	208
5.2 - Limites materiais (limites quanto ao conteúdo da autotutela) .....	212
5.2.1 - Interdição de aplicação de nova interpretação administrativa ou novos critérios para a verificação do direito ao benefício .....	212
5.2.2 - Interdição de nova avaliação do conjunto probatório (nova valoração da prova), por força da coisa julgada administrativa .....	213
5.2.3 - Remédio jurídico contra atuação administrativa que extrapola os limites formais ou materiais para o exercício da autotutela.....	217
<b>Capítulo 6 – ACESSO À JUSTIÇA E INTERESSE DE AGIR EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA....</b>	<b>219</b>

6.1 - Gratuidade da Justiça .....	220
6.1.1 - Comprovação dos requisitos necessários à concessão da gratuidade da justiça ...	221
6.1.2. Gratuidade da justiça e sucumbência do beneficiário.....	224
6.2 - Categorização das ações previdenciárias .....	225
6.2.1 - Ação de concessão de benefício previdenciário .....	226
6.2.2 - Ação de revisão de benefício previdenciário.....	227
6.2.2.1 - Ação revisional de concessão .....	227
6.2.2.2 - Ação revisional de reajustamento .....	229
6.2.3 - Ação de restabelecimento de benefício previdenciário.....	229
6.2.4 - Ação de manutenção de benefício previdenciário .....	230
6.2.5 - Ação de anulação de benefício previdenciário .....	231
6.3 - Interesse de agir em matéria previdenciária .....	233
6.3.1 - Considerações doutrinárias .....	233
6.3.2 - As diretrizes gerais formuladas pelo STF (RE 631.240) .....	236
6.3.2.1 - Tratamento dispensado para os processos em curso ao tempo do juízo do RE 631.240 (“fórmula de transição”) .....	238
6.3.3 - Interesse de agir em ações de concessão de benefício previdenciário .....	239
6.3.3.1 - Alegação de fato não analisado formalmente na via administrativa .....	242
6.3.3.2 - Alegação de nova patologia em juízo .....	244
6.3.3.3 - Demora para ajuizamento da ação judicial .....	245
6.3.3.4 - Descumprimento de exigência administrativa .....	246
6.3.4 - Interesse processual superveniente .....	247
6.3.5 - Indeferimento presumido e dispensa de requerimento administrativo .....	248
6.3.5.1 - O ajuizamento direto da ação de concessão de pensão provisória por morte presumida .....	251
6.3.6 - Recusa de entrada de requerimento e excessiva demora do processo administrativo.....	251
6.3.7 - Interesse de agir e o dever estatal de conceder a prestação mais vantajosa.....	254
6.3.8 - Interesse de agir nas ações previdenciárias de restabelecimento de benefício ....	256
6.3.8.1 - Interesse de agir nas ações de restabelecimento e a necessidade do pedido de prorrogação do auxílio-doença .....	258
6.3.9 - Interesse de agir nas ações previdenciárias de revisão de benefício .....	261
6.3.9.1 - Interesse de agir nas ações revisionais e reconhecimento administrativo do direito. O caso emblemático da ação relativa à aplicação do art. 29, II, da Lei 8.213/91 .....	263
<b>Capítulo 7 – REGIME PROBATÓRIO PREVIDENCIÁRIO</b> .....	267
7.1 - Considerações Iniciais .....	267
7.1.1 - Efeitos da revelia no processo previdenciário .....	269
7.2 - Conceito e comprovação da condição de desempregado para efeitos de prorrogação do período de graça.....	270

7.3 - caracterização e comprovação da relação de dependência econômica.....	273
7.3.1. Presunção relativa de dependência econômica .....	274
7.3.2. Necessidade de comprovação da dependência econômica.....	275
7.4 - Comprovação da união estável previdenciária.....	277
7.5 - Comprovação da incapacidade para o trabalho.....	279
7.5.1 - Perícias e decisões judiciais sem fundamentação suficiente .....	280
7.5.2 - Ausência de prova pericial no processo judicial .....	284
7.6 - Comprovação do agravamento da lesão ou progressividade da doença .....	284
7.7 - Comprovação da data do início da incapacidade para o trabalho .....	286
7.8 - Tratamento médico e condições sociais: aposentadoria por invalidez ou auxílio- doença? .....	289
7.8.1 - Recuperação da capacidade mediante tratamento cirúrgico .....	292
7.8.2 - Comprovação da condição da pessoa com deficiência para fins de LOAS .....	295
7.9 - Caracterização e comprovação de atividade especial.....	296
7.9.1 - Sucessão de leis no tempo e o princípio <i>tempus regit actum</i> para caracterização e comprovação de atividade especial .....	296
7.9.2 - Caracterização e comprovação de atividade especial em tempo anterior à vigência da Lei 8.213/91 .....	298
7.9.3 - Alterações promovidas após a vigência da Lei 8.213/91 e a possibilidade de se comprovar atividade especial por qualquer meio de prova .....	299
7.9.4 - A nova regulamentação da atividade especial (Decreto 2.172/97) e a exclusão da atividade perigosa .....	301
7.9.5 - A comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos e utilização de equipamento de proteção individual (EPI) .....	302
7.10 - Comprovação do tempo de serviço ou contribuição .....	305
7.10.1 - Particularidades do direito probatório em direito previdenciário – restrição do direito constitucional à prova .....	305
7.10.2 - O universo particular da prática previdenciária como justificção para a exigência de prova material .....	307
7.10.3 - Limites à exigência de prova material .....	309
7.10.4 - Prova material na categorização das espécies probatórias.....	311
7.10.5 - Prova material obtida do corpo humano e prova do trabalho rural do boia-fria.....	312
7.10.6 - Desnecessidade de prova material para todo período objeto de comprovação ....	314
7.10.7 - Classificação das provas – sinopse.....	318
7.10.8 - Prova material – eficácia probante e presunções.....	319
7.10.9 - Abrandamento da exigência de prova material e rigor na análise dos fatos .....	324
<b>Capítulo 8 – EFEITOS DAS DECISÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO.....</b>	<b>327</b>
8.1 - Notas doutrinárias sobre os limites subjetivos da coisa julgada.....	330

8.2 - Eficácia probante da decisão trabalhista .....	335
8.3 - Eficácia previdenciária das decisões trabalhistas. Nosso posicionamento .....	338
<b>Capítulo 9 – ASPECTOS CONCERNENTES AOS VALORES PAGOS JUDICIALMENTE .....</b>	<b>341</b>
9.1 - Data de Início dos Benefícios Concedidos Judicialmente.....	341
9.1.1 - Definição da data de início do benefício (DIB) independentemente do momento da comprovação dos respectivos fatos constitutivos .....	344
9.1.2 - Termo inicial do benefício quando ausente o requerimento administrativo.....	353
9.1.3 - A chamada “Reafirmação da DER” .....	355
9.1.4 - Data de início de benefício em face de habilitação judicial de novo dependente à pensão por morte .....	358
9.1.5 - A identificação da data de início da incapacidade laboral (DII) e os efeitos financeiros dos benefícios previdenciários por incapacidade.....	360
9.1.5.1 - O direito de recebimento do auxílio-doença pelo segurado que exerceu atividade remunerada embora incapaz .....	362
9.1.6 - Data de Início do Benefício (DIB) da aposentadoria especial concedida judicialmente.....	365
9.2 - Atualização monetária e juros de mora do crédito judicial previdenciário .....	366
9.2.1 - Atualização monetária e o Estatuto do Idoso.....	368
9.2.2 - O crédito judicial previdenciário e a inconstitucionalidade da Lei 11.960/09 .....	369
9.2.3 - Atualização monetária, deflação e irredutibilidade do valor dos benefícios .....	372
9.2.4 - Atualização monetária dos valores pagos mediante requisições de pagamento ...	374
9.2.5 - Juros moratórios sobre o Crédito Judicial Previdenciário.....	376
9.2.6 - Incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a expedição de requisitório .....	377
9.3 - Prescrição e decadência em matéria previdenciária .....	379
9.3.1 - Prescrição contra menores, incapazes e ausentes .....	382
9.3.1.1 - Direito do menor às prestações vencidas desde o óbito. Prazo limite para o requerimento administrativo .....	385
9.3.2 - Suspensão e interrupção do período de prescrição .....	389
9.3.3 - “Decadência” do direito de rever o ato de concessão do benefício previdenciário .....	393
9.3.3.1 - Alcance dos benefícios concedidos anteriormente à edição da MP 1.523-9/97.....	394
9.3.3.2 - Natureza prescricional do prazo para revisão do ato de concessão de benefício previdenciário (Lei 8.213/91, art. 103, <i>caput</i> ). .....	395
9.3.3.3 - Inconstitucionalidade de prazo para cessação de lesão estatal a direito humano e fundamental.....	396
9.3.3.4 - Interpretação restritiva da norma preclusiva de caráter excepcional .....	401
9.3.3.4.1 - Ações ou direitos relacionados a circunstâncias supervenientes ao ato de concessão do benefício: revisão de reajustamento e a desaposentação ...	403

9.3.3.4.2 - Ações ou direitos relacionados a circunstâncias não analisadas expressamente quando da concessão do benefício .....	404
9.3.3.4.3 - Ações relacionadas à efetivação do direito ao melhor benefício .....	407
9.3.3.4.4 - Ações de revisão de benefício determinada por lei .....	407
9.3.3.4.5 - Início do prazo decadencial no caso dos benefícios derivados (pensão por morte e aposentadoria por invalidez) .....	410
9.4 - Irrepetibilidade dos valores recebidos judicialmente de boa-fé .....	412
9.4.1 O dever de devolução dos valores previdenciários recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada (STJ) .....	412
9.4.2. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal .....	418
9.4.3 Desnecessidade de devolução em caso de dupla conformidade entre sentença e acórdão (STJ) .....	420
9.4.4 Pressupostos para a cobrança dos valores pagos indevidamente .....	420
9.4.5 - Repetição de valores originariamente indevidos ao beneficiário .....	421
9.5 - Pagamento de valores não recebidos em vida pelo segurado.....	422
9.5.1. Concessão de pensão por morte no curso do processo judicial de aposentadoria ...	423
9.5.2. Legitimidade “ad causam” dos dependentes para recebimento de créditos não pagos ou não reconhecidos ao segurado .....	424
9.5.3. Ausência de legitimidade para renúncia “post mortem”. O caso da chamada “despensão” .....	428
9.6 - Incidência de Imposto de Renda sobre os valores atrasados recebidos pelo beneficiário.....	429
9.7 - Compensação do crédito judicial com valores pagos administrativamente.....	431
9.7.1. Compensação em termos globais ou por competência? O (falso) problema da irrepetibilidade.....	432
9.7.2. Concessão superveniente de benefício mais vantajoso e o desfazimento do benefício concedido em juízo: o problema da preservação do crédito judicial .....	433
9.7.3. Inviabilidade da compensação do crédito principal com honorários advocatícios arbitrados nos embargos à execução .....	437
<b>Capítulo 10 – REGRAS PROCESSUAIS RELACIONADAS À FAZENDA PÚBLICA .....</b>	<b>441</b>
10.1 - Prerrogativas processuais da Fazenda Pública .....	441
10.2 - Regime de pagamento de custas e despesas processuais .....	442
10.3 - Honorários advocatícios nas ações previdenciárias .....	445
10.3.1. Honorários sucumbenciais na execução de título judicial.....	448
10.3.2. Honorários advocatícios contra a Fazenda Pública no Novo CPC .....	454
10.4 - Dos prazos da Fazenda Pública .....	457
10.5 - Da remessa necessária .....	460
10.6 - tutela provisória contra a Fazenda Pública .....	464
10.6.1 - A urgência no processo judicial previdenciário.....	465



10.6.2 - Tutelas de urgência em matéria de seguridade social .....	467
10.6.3 - Cumprimento imediato das decisões judiciais previdenciárias.....	471
10.6.4 - Eficácia das decisões judiciais previdenciárias.....	475
10.6.5 - Poder coercitivo contra terceiros .....	477
10.7 - Cumprimento de sentença que reconhece obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública .....	481
10.7.1 - Cumprimento definitivo da sentença que reconhece o dever de pagar quantia certa pela Fazenda Pública .....	483
10.7.2 - Cumprimento da sentença na ausência de impugnação da execução.....	484
10.7.3 - Cumprimento da sentença na ocorrência de impugnação parcial da execução....	485
10.7.4 - Cumprimento da sentença na pendência de recurso sem efeito suspensivo .....	487
10.7.5 - Cumprimento definitivo de decisão parcial de mérito .....	489
10.7.6 - Cumprimento provisório da sentença que reconhece o dever de pagar quantia certa pela Fazenda Pública .....	491
10.7.7 - Execução invertida nas ações previdenciárias .....	494
10.7.8 - Cumprimento da sentença como respeito à coisa julgada .....	496
10.7.9 - Execução individual da ação coletiva contra a Fazenda Pública .....	498
10.7.10 - Impugnação à execução.....	499
10.7.11 - Cumprimento da decisão nos Juizados Especiais Federais .....	502
10.8 - Requisições judiciais de pagamento e fracionamento da verba honorária .....	505
10.8.1 - Regime de pagamento por precatório requisitório .....	508
10.8.2 - Regime de pagamento por requisição judicial de pequeno valor (RPV) .....	512
<b>Capítulo 11 – COMPETÊNCIA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA.....</b>	<b>517</b>
11.1 - Competência Delegada à Justiça Estadual .....	517
11.1.1 - Competência delegada e mandado de segurança previdenciário.....	521
11.2 - Competência para Processamento de Ações Previdenciárias Decorrentes de Acidente de Trabalho – nossas críticas à orientação jurisprudencial .....	522
11.2.1 - A importância capital do pedido inicial para a definição da competência .....	530
11.3 - Competência para Declaração de Morte Presumida .....	530
11.4 - Competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis.....	532
11.5 - Particularidades dos Juizados Especiais Federais.....	539
11.5.1 Princípios dos Juizados Especiais Federais.....	540
REFERÊNCIAS.....	545

## Capítulo 1

# A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO SOCIAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA

Fundada na dignidade da pessoa humana, a Constituição assume como fundamentais diversos objetivos de que somente tem sentido falar a partir de uma perspectiva que visualize a fundamentalidade dos direitos sociais, que desde sua emergência constituem objeto de intensos debates ideológicos.

Embora a Constituição da República consagre como princípios fundamentais da ordem social, a justiça e o bem-estar sociais, a discussão acerca do que se considera uma sociedade justa consubstancia verdadeiro campo de batalha entre diversas perspectivas analíticas da teoria política normativa.

Ainda que a perspectiva individual do que se considera justo não deva resultar esvaziamento judicial dos direitos fundamentais sociais, é extremamente importante para a efetivação da proteção social que ela seja percebida como justa, equitativa e eticamente aceitável<sup>3</sup>.

É necessário compreender a justiça social na perspectiva do princípio do Estado Social e reconhecer que toda política social tem como elemento constitutivo a justiça distributiva. Os direitos sociais de proteção prestam-se à igualdade, assegurando muito mais do que o suprimento das necessidades animais de subsistência<sup>4</sup>.

---

3 PARIJS, Philippe Van. *Refonder la solidarité*. Paris: Les Éditions du Cerf, 1999. p. 13.

4 É sempre importante tomar em conta que as necessidades humanas não se limitam à alimentação e higiene, o que era sempre lembrado por Marx, em toda sua eloquência. “Torna-se evidente que a economia política considera o proletário, ou seja, aquele vive, sem capital ou renda, apenas do trabalho e de um trabalho unilateral, abstrato, como simples *trabalhador*. Por consequência, pode sugerir a tese de que ele, assim como um cavalo, deve receber somente o que precisa para ser capaz de trabalhar. A economia política não se ocupa dele no seu tempo livre como homem, mas deixa este aspecto para o direito penal, os médicos, a religião, as tabelas estatísticas, a política e

Para se realçar a importância do direito à segurança social não é raro o apelo ao argumento de que ela busca atender à “liberdade básica de sobreviver”, combatendo a subnutrição que pode afetar um universo de pessoas vulneráveis e prevenindo que elas passem a vida lutando contra uma doença evitável<sup>5</sup>.

Mas esse argumento corresponde apenas a uma parcela do escopo da proteção social. Para além disso, há uma pretensão de se reconhecer o respeito pela dignidade humana, conferindo-lhe os recursos necessários – dinheiro, serviços de saúde, reabilitação, reeducação – para sua proteção e integração comunitária. Há um propósito genuinamente constitucional em romper a lógica da dependência e da passividade da pessoa auxiliada pelos esforços sociais<sup>6</sup>.

Para isso, é indispensável reconhecer na proteção social seu papel constitutivo de um desenvolvimento alcançado pela expansão de liberdades substantivas, as quais incluem capacidades elementares que irão contribuir para a capacidade geral de a pessoa viver com mais liberdade, objetivo primordial do desenvolvimento e também seu principal meio<sup>7</sup>.

Essas considerações são feitas com o propósito de despertar nosso senso de justiça para a necessidade de plena efetivação do direito de proteção social.

Não é suficiente que esses direitos sejam previstos na Constituição e tampouco basta outorgar à pessoa vulnerável uma qualquer jurisdição social. É necessário prestar jurisdição com justiça, de modo vinculado à Constituição e à realização do direito fundamental de proteção social em toda sua extensão. Para isso deve-se contextualizar as coisas, compreendendo-se o ser humano necessitado em seu acumulado déficit de bem-estar e a política social em seu objetivo constitucional de fazê-lo realmente independente.

A crescente afirmação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais passa por um olhar crítico para o paradigma processual do modelo liberal-individualista.

A percepção de que na contemporaneidade importa sobremaneira a efetiva realização dos direitos coloca em questão o dever de proteção dos direitos fundamentais mediante o exercício da função jurisdicional<sup>8</sup>.

Percebe-se, contudo, uma inteira diferença ao surgimento de novos ramos do direito, de direitos novos e inovadores, que são maltratados por uma concepção

---

o funcionário de manicômio” (MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 72).

5 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 29.

6 WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

7 Capacidades elementares como “ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc” (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 55-57).

8 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. p. 25.

processual de teleologia civilista<sup>9</sup>. Corolário dessa distorção, os problemas mais intrincados da tutela jurisdicional de proteção social culminam por encontrar soluções incongruentes que esvaziam, ainda que parcialmente, o conteúdo do direito material que se busca satisfazer.

O presente esforço teórico é apoiado em uma concepção de que a supremacia da Constituição investe a ciência jurídica não apenas de uma função descritiva, senão crítica e construtiva em relação ao seu objeto: “[...] crítica em relação às antinomias e às lacunas da legislação vigente em relação aos imperativos constitucionais, e construtiva relativamente à introdução de técnicas de garantia que se exigem para superá-las”<sup>10</sup>.

O conceito de proteção social pode ser compreendido a partir da distinção entre dois grandes tipos de proteção: a proteção civil e a proteção social. A primeira garante as liberdades fundamentais e assegura os bens e as pessoas no contexto de um Estado de Direito. A última oferece cobertura contra os principais riscos suscetíveis de gerar uma degradação da situação dos indivíduos.

A insegurança social consiste em o indivíduo estar à mercê de eventos que comprometem sua capacidade de assegurar, por si próprio, sua independência social. Com efeito, os chamados riscos sociais – como a doença, o acidente, o desemprego, a cessação de atividade em razão da idade, a miséria daquele que não pode mais trabalhar – colocam em questão o pertencimento social do indivíduo que somente pode tirar do seu salário os meios de subsistência<sup>11</sup>.

A vulnerabilidade dos indivíduos em face dos riscos sociais reclama a elaboração e implementação de políticas públicas de segurança social. Essas políticas públicas consubstanciam ações coordenadas de proteção dos indivíduos frente aos diferentes estados de necessidade, assegurando-lhes condições dignas de subsistência em meio a tais adversidades<sup>12</sup>.

9 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Thompson IOB, 2005. p. 109.

10 STRECK, Lênio Luiz. *Heremênutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46. O autor está aqui fazendo referência – e aderindo, no particular – ao pensamento garantista de Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (Org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 94).

11 CASTELL, Robert. *L'insecurité sociale: Qu'est-ce qu'être protégé?* Paris: La République des Idées et Seuil, 2003. p. 5. A abordagem do conceito de proteção social a partir das dicotomias insegurança civil/insegurança social e proteção civil/proteção social serve a demonstrar, desde logo, o modo distinto como se tutelam os direitos ligados às liberdades fundamentais - e à propriedade - em relação aos direitos de proteção social. Sobre outro modo de se conceber a articulação da proteção humana integral, veja-se: GONZÁLEZ, Juan Carlos Cortés. *Derecho de La protección social*. Bogotá: Legis, 2009. p. 2-5. Sobre os inescapáveis efeitos de insegurança social advinda da Revolução Industrial, veja-se: POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*, tradução de Fanny Wrobel. 2. ed., 14. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000; BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

12 Em seu segundo relatório ao governo britânico de 1944, Beveridge definia a segurança social como o “conjunto de medidas adotadas pelo Estado para proteger os cidadãos contra aqueles riscos que se concretizam individualmente que jamais deixarão de configurar-se, por melhor

Para o presente estudo, a noção de proteção social corresponde aos mecanismos institucionais que são articulados para reduzir e superar os riscos sociais, assegurando, de modo universal, segurança econômica contra as circunstâncias inevitáveis que afetam a subsistência e o bem-estar dos indivíduos e suas famílias. Essa noção aproxima-se, portanto, da principal política de proteção social consagrada constitucionalmente, a seguridade social (CF/88, art. 194)<sup>13</sup>.

Os direitos de proteção social – que, para os fins do presente trabalho, têm seu núcleo, portanto, nos direitos à saúde, à assistência e à previdência social – constituem direitos fundamentais por excelência<sup>14</sup>.

A ideia de proteção social é intimamente vinculada aos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e de justiça social. Enquanto política social, isto é, política pública voltada para a concretização de direito social, a seguridade social tem como elemento constitutivo a igualdade material, guardando potencialidade de propiciar subsistência digna com desenvolvimento humano e social.

Mas esse constitucionalismo social não será jamais realizado se a segurança social se operar apenas de modo parcial e, portanto, insuficiente<sup>15</sup>.

Em razão da eficácia normativa do direito fundamental ao processo justo<sup>16</sup> e da fundamentalidade dos direitos de proteção social, a legitimidade da função jurisdicional encontra-se inafastavelmente vinculada à plena realização desses direitos fundamentais. Com efeito, “ou a Constituição vale como um todo, vinculando todos os poderes públicos, ou nada vale”, de modo que “não se pode conceber Constituição destituída da pretensão de efetivar-se. Esta pretensão deixa o intér-

---

que seja a situação do conjunto da sociedade em que vivam” (BEVERIDGE, Willian Henry. *Full Employment in a Free Society*. London: George Allen and Unwin, 1944. p. 11).

- 13 Além dessa vertente de proteção social, objeto central deste estudo, é de se reconhecer como proteção social a consistente na atribuição de proteções e de direitos à própria condição de trabalhador - proteções do direito do trabalho (CASTELL, Robert. *L'insecurité sociale: Qu'est-ce qu'être protégé?*, p. 31-32).
- 14 Sobre a fundamentalidade dos direitos de proteção social, veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55 e ss.; ROCHA, Daniel Machado. *O Direito Fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 110 e ss.; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade Social como Direito Fundamental Material*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 161 e ss.; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direito Previdenciário e Constituição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 25-43.
- 15 Em outro trabalho expressamos que o princípio da adequada proteção social abrange as noções de imediatidade, suficiência e especificidade da proteção social (SAVARIS, José Antonio. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. *Revista de Doutrina do TRF 4ª Região*, v. 22, p. 88-103, 2008).
- 16 Sobre o direito ao processo justo como direito humano e fundamental absoluto, veja-se o importante estudo de Luiz Petit Guerra (GUERRA, Luiz Alberto Petit. *Estudios sobre el Debido Proceso: Una visión global: Argumentaciones como derecho fundamental y humano*, Caracas, Ediciones Paredes, 2011). Para uma visão crítica da prática jurídica e acadêmica do devido processo, veja-se: NAVAS, Julio Alberto Tarazona; PÉREZ, Jairo Henrique Herrera. *Crisis Política, Jurídica, Social y Académica del Debido Proceso*. Santa Fe de Bogota: Jurídica Nacional, 2010.

prete comprometido, desde logo, com soluções interpretativas que resguardem a força normativa do comando constitucional<sup>17</sup>.

O âmbito da atuação jurisdicional é, talvez, onde mais significativamente repercute essa força especial dos direitos fundamentais, caracterizada, basicamente, pela combinação do caráter hierarquicamente superior das normas jusfundamentais, com a sua aplicabilidade imediata, que torna legítimas todas as soluções compatíveis com elas, independentemente de texto legal (infraconstitucional)<sup>18</sup>.

Pela eficácia normativa do devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV) e, mais especificamente, do direito fundamental a uma ordem jurídica justa (CF/88, art. 5º, XXXV), exige-se que a jurisdição de proteção social, tanto quanto seja necessário à satisfação do direito material, se opere sem a adoção absolutamente vinculante dos institutos do processo civil clássico<sup>19</sup>.

É justamente a necessidade de alinhamento da função jurisdicional às particularidades da pretensão de direito material que justifica a afirmação de princípios processuais que, oferecendo coerência material às decisões judiciais, propicie resposta adequada às exigências do direito fundamental ao processo justo e se preste ademais como efetivo instrumento de tutela dos direitos fundamentais de proteção social.

Em outras palavras, a incompletude ou inadequação da dogmática processual civil para a satisfação dos direitos fundamentais sociais constitui a premissa de que parte a proposta de relativa autonomia do direito processual de proteção social em relação ao direito processual civil clássico.

## 1.1 - PREMISSAS METODOLÓGICAS

A atuação jurisdicional não deve resignar-se à concepção metodológica que lhe impõe um papel insignificante no desenvolvimento do Direito e na afirmação de sua fundamentação ética.

17 MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 23. Neste sentido a lapidar formulação de Konrad Hesse: “Dado que a Constituição pretende ver-se atualizada e uma vez que as possibilidades e os condicionamentos históricos dessa atualização modificam-se, será preciso, na solução dos problemas, ser dada preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 68).

18 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: RT, 1999. p. 52

19 A partir desse pensamento tivemos ocasião de sustentar que a lide previdenciária (modalidade de lide de proteção social) apresenta singular configuração e, por isso, deve orientar-se pela eficácia normativa do devido processo legal, o qual, mercê de sua dignidade constitucional, prevalece sobre as disposições processuais civis que ofereçam resposta inadequada ao processo previdenciário, tanto quanto pode suprir eventual ausência ou insuficiência de disciplina legal específica. O marco metodológico e teórico para a pré-compreensão do direito processual previdenciário foi sustentado originariamente em nosso *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008.

O problema fundamental da metodologia jurídica contemporânea é o de estabelecer critérios adequados para a aplicação do Direito no caso concreto e, nesta arena, é necessário considerar o pensamento de que o Direito não é (não é Direito) sem se manifestar na prática e como uma prática<sup>20</sup>.

Não se deve compreender o Direito como um sistema de normatividade jurídica, em uma perspectiva eminentemente teórica. A concepção normativista apresenta uma visão estritamente dogmática do Direito. Deixando de perceber a decisão judicial como uma atividade realizadora do Direito, pretende estabelecer, com exatidão e de uma vez por todas, o sentido ou o significado de todos os termos jurídicos de maneira que faça possível realizar um raciocínio tão estrito como aquele que tem lugar no modelo matemático<sup>21</sup>. O normativismo busca “expressar uma legalidade prescrita e [...] manifestar a verdade de uma dogmática simplesmente reprodutivo-conceitualista ou reprodutivo-analítica”<sup>22</sup>.

Se a norma jurídica goza da primazia em relação ao caso concreto, não interessam os resultados de sua aplicação *no-mundo-em-que-vivemos*. A superação do formalismo positivista deve-se dar, portanto, com a reabilitação metodológica do caso concreto – e suas exigências de justiça – na problemática da interpretação da norma. É necessário reconhecer que o ato judicial decisório não corresponde à mera aplicação da lei, mas à realização do Direito.

E, de fato, as prescrições jurídicas não são interpretadas na realização do Direito senão por meio de uma dialética “entre a sua intencionalidade normativa e a realidade problemático-decidenda (os casos concretos decidendos) que inteiramente lhes recusa o “platonismo de regras”, segundo o qual “as prescrições jurídicas são, por um lado, entidades auto-significantes ou contêm como um ‘em si’ a sua significação e, por outro lado, pré-determinam a sua própria aplicação, no sentido de que a sua significação é critério único e decisivo da sua aplicação ou de que conhecer a significação é condição suficiente para essa aplicação”<sup>23</sup>.

Nessa dialética – entre intencionalidade normativa e realidade do caso concreto – é que “se traduz verdadeiramente a interpretação como momento daquela

20 NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 25.

21 ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 75.

22 É importante a identificação, levada a efeito por Castanheira Neves, das diversas concepções de Direito que poderiam ser compreendidas nesta atitude teórica: “postularam esta atitude concepções do direito de pensamentos jurídicos tão diferentes como o *jusnaturalismo* (um certo *jusnaturalismo*, o *jusnacionalismo* normativista), o *positivismo* jurídico (o positivismo do normativismo legalista e o positivismo analítico-linguístico) e o *realismo* jurídico (o realismo sociológico originário de Ehrlich, os realismos escandinavo e americano ou *legal realism*)” (NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica*, p. 50). A escola da exegese, que dominou o pensamento jurídico durante boa parte do século XIX, é provavelmente a corrente doutrinária que encarnou de um modo mais fiel o espírito desta concepção mecânica da função judicial. (ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidad jurídica*, p. 75)

23 NEVES, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 185.



realização e em que as prescrições vêm afinal constituída a sua significação e o seu sentido juridicamente decisivos”<sup>24</sup>.

Como fenômeno ético, o Direito terá sua compreensão determinada apenas diante do caso concreto, quando de sua final constituição. Por essa razão é que se fala de uma constituição equitativa da norma no caso concreto<sup>25</sup>.

Na perspectiva assumida neste texto, o pensamento jurídico é chamado a resolver *problemas* práticos (pensamento jurídico como *pensamento judicativo-decisório*). Para tanto, deve colocar ênfase nas exigências de justiça do problema concreto e orientar-se por princípios normativos e seus fundamentos axiológicos (os valores que lhe justificam).

A partir desse ponto de vista, logra-se perceber a largueza do direito fundamental a um processo justo, como manifestação da cláusula constitucional da proteção judicial (CF/88, art. 5º, XXV). Também é deste terreno que se poderá perceber a necessidade de se considerar a relativa autonomia do direito de proteção social em relação ao direito processual civil clássico.

Anote-se por fim que, em função do elevado número de problemas processuais ligados às lides relativas ao direito da previdência social, o presente trabalho opera um recorte epistemológico, emprestando ênfase à processualidade tipicamente previdenciária. Muito do que se sustentará, todavia, relativamente à necessidade de normatividade específica do direito previdenciário, guarda pertinência igualmente aos direitos ligados à assistência social e à saúde.

## 1.2 - A EFICÁCIA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

As normas de estatura constitucional gozam de superioridade jurídica, de maneira que nenhum ato jurídico pode subsistir se com ela for incompatível. Por força do princípio da supremacia da Constituição, as normas constitucionais situam-se no ápice do ordenamento jurídico e se prestam como fundamento de validade de todas as demais, e bem assim como diretriz a ser necessariamente observada por toda atividade estatal. Mais especificamente, dada a força vinculante dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, a função jurisdicional deve ser identificada fundamentalmente como modalidade de proteção jurídica assegurada pelo Estado à efetiva realização desses direitos de superior dignidade<sup>26</sup>.

24 NEVES, Antonio Castanheira. *O Actual problema metodológico da interpretação jurídica - I*, p. 185. Em outras palavras, “a realização concreta do direito não se confunde com a mera aplicação de normas pressupostas, embora possa ter nessas normas os seus imediatos critérios” (NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica*, p. 17).

25 São diversas e de imensa relevância as implicações dessas postulações metodológicas. A partir delas foram lançadas as raízes de nossa teoria da decisão judicial da Previdência Social (SAVARIS, José Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para a superação da prática utilitarista*. Florianópolis: Conceito, 2011).

26 É necessário reconhecer os direitos fundamentais dos cidadãos como vínculos funcionais que condicionam a validade jurídica da inteira atividade do Estado (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 833).



Corolário lógico da supremacia da Constituição é o princípio da efetividade das normas constitucionais. A prática jurídica consigna a elas atenção, já que dão tom ao agir do Poder Público e delinham como devem se desenvolver as relações sociais.

Por razões de política legislativa, algumas normas constitucionais carecem de concretização legislativa. Todavia, a inexistência de enunciados expressos decorrentes da interposição do legislador não autoriza a inobservância das normas constitucionais que originariamente já dispunham de efetividade normativa e, por isso, já asseguravam direitos cujo conteúdo é definido no caso concreto.

É importante perceber que a “idéia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos”, de modo que todas as normas constitucionais, porque jurídicas, “tenham caráter imediato ou prospectivo, não são opiniões, meras aspirações ou plataforma política”<sup>27</sup>.

A circunstância de os princípios deterem estrutura lógica diversa das regras não retira a eficácia dessas normas, de modo que, mesmo prescrições que mais se assemelham à mera expressão de valor são consideradas normas jurídicas e pretendem efetivar-se, pois, “ou a Constituição vale como um todo, vinculando todos os poderes públicos, ou nada vale”<sup>28</sup>.

Nessa linha de pensamento se encontra o consagrado ensinamento de que, “Dado que a Constituição pretende ver-se atualizada e uma vez que as possibilidades e os condicionamentos históricos dessa atualização modificam-se, será preciso, na solução dos problemas, ser dada preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima”<sup>29</sup>.

Especificamente em relação aos direitos fundamentais, releva anotar sua aplicabilidade imediata, disposta pelo art. 5º, § 1º, da Constituição da República, bem como a necessidade de sua efetivação em nosso Estado Constitucional de Direito. E como o direito à proteção judicial encontra-se catalogado como fundamental<sup>30</sup>, tal norma se reveste de eficácia vinculante e de aplicabilidade imediata.

27 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 235. Também neste sentido, Gomes Canotilho: “As normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Mais do que isso: a eventual mediação de instância legiferante na concretização das normas programáticas não significa a dependência deste tipo de normas da interpositio do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 1998. p. 152)

28 MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 23.

29 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 68.

30 Extraído da norma contida no art. 5º, XXXV, da Constituição da República: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Sendo assim, em toda atuação jurisdicional e independentemente de qualquer disposição expressa de lei<sup>31</sup>, deve o órgão jurisdicional emprestar “força de efeito ótima” a essa norma constitucional, tornando realidade o direito à proteção judicial, cujo conteúdo é analisado adiante. Afinal, “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição”<sup>32</sup>.

No âmbito da atuação jurisdicional é, com efeito, onde mais significativamente repercute essa força especial dos direitos fundamentais, caracterizada, basicamente, pela combinação do caráter hierarquicamente superior das normas jusfundamentais, com a sua aplicabilidade imediata, que torna legítimas todas as soluções compatíveis com elas, independentemente de previsão legal (infraconstitucional)<sup>33</sup>.

### 1.3 - O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA - OU O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO

O direito a uma adequada tutela jurisdicional significa o “direito a um processo efetivo, próprio às peculiaridades de pretensão de direito material de que se diz titular aquele que busca a tutela jurisdicional”<sup>34</sup>.

Consoante o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em contrapartida à vedação da autotutela, a todos é garantido o direito de invocar a proteção jurisdicional, de monopólio estatal, o que equivale dizer que ninguém será impedido de pedir providências ao Judiciário com base em exigências formais ou econômicas.

O princípio da proteção judicial, denominado também de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou de princípio do monopólio de jurisdição, é considerado, ao lado de vários direitos fundamentais assegurados a quem litiga em juízo, como desdobramento ou extensão do “devido processo legal”.

*CF/88 – Art. 5º. [...]*

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

31 Ou ainda que exista disposição contrária, em face da superioridade jurídica da norma constitucional. Isto é, se determinada norma infraconstitucional culmina por esvaziar o conteúdo essencial do direito fundamental ao processo justo em um caso concreto, ela deve ser afastada, de modo a aperfeiçoar-se a proteção constitucional aos direitos fundamentais.

32 MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. *Revista TRF 4ª Região*, p. 29.

33 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta...*, p. 52.

34 MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à adequada tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 633, p. 244, 2001.

Ao contrário do que uma rápida leitura possa sugerir, o conteúdo dessa garantia de acesso à justiça não se restringe a possibilitar o exercício do direito de ação e obtenção de resposta do Poder Judiciário.

Com efeito, a doutrina processual há décadas vem expressando que o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, consagra um direito à adequada e efetiva tutela jurisdicional<sup>35</sup>. Uma leitura mais moderna desse dispositivo oferece a concepção de que a referida norma constitucional, mais do que garantir o direito de ação, assegura um acesso efetivo à justiça. Com efeito, não teria cabimento entender

[...] que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora, se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm o direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensado como uma garantia fundamental de justiça<sup>36</sup>.

35 A doutrina da efetividade do processo como direito constitucional fundamental ganhou corpo ainda na década de setenta do século passado, sendo vários os trabalhos edificados sobre este fundamento, dentre os quais: GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: J. Bushatski, 1975. COSTA, Coqueijo. Singularidades na ação individual trabalhista. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, n. 2, v. 14, p. 113-122, dez. 1985; MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 347, v. 54, p. 11-43, set. 2006; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 834, v. 94, p. 121-139, abr. 2005; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 824, v. 93, p. 34-60, jun. 2004; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: RT, 1985; WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e Técnica del "Giusto Processo"*. Torino: G. Giappichelli, 2004; GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 305, v. 51, p. 61-99, mar. 2003. LEDESMA, Hector Faundez. El derecho a un juicio justo. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, n. 80, v. 36, p. 133-79, 1991; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Jurisprudência Brasileira: cível e comércio*. Curitiba, n. 172, p. 63-70, 1994; DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, n. 2, v. 2, p. 7-45, jul./dez. 2001; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 321, p. 7-27, jul. 2004; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada: relativização: da coisa julgada material. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n. 33, v. 6, p. 5-28, jan./fev. 2005; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 101, v. 33, p. 45-78, mar. 2006; MELO, Gustavo de Medeiros. A tutela adequada na reforma constitucional de 2004. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 124, v. 30, p. 76-110, jun. 2005.

36 MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCL, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 218.

Quando se tem em consideração a evolução da noção de acesso à justiça, percebe-se que a amplitude desse direito fundamental ainda está por ser inteiramente compreendida:

A primeira onda desse movimento novo foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça”, porque inclui os posicionamentos anteriores mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo<sup>37</sup>.

Como se verifica, o direito de acesso, porque derivado do devido processo legal, implica exigências de uma justiça acessível aos carentes, ágil na proteção dos direitos individuais ou difusos, e eficaz para tornar realidade, no plano dos fatos, as composições que resultam da atividade jurisdicional. Há, de fato, a promessa e o dever estatal de celeridade nos processos administrativos e judiciais, o que se pode extrair, de modo claro, da norma contida no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”)<sup>38</sup>.

Segue daí a imposição constitucional de que o órgão jurisdicional promova um exercício de compatibilização, a todo tempo e em cada caso sob exame, das normas processuais com o direito fundamental de acesso à justiça, melhor compreendido como o direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada e tempestiva. Afinal, é de se reconhecer que

[...] no âmbito da atuação jurisdicional é, talvez, onde mais significativamente repercute essa força especial dos direitos fundamentais, caracterizada, basicamente, pela combinação do caráter hierarquicamente superior das normas jusfundamentais, com a sua aplicabilidade imediata, que torna legítimas todas as soluções compatíveis com elas, independentemente de texto legal (infraconstitucional)<sup>39</sup>.

Nessas condições é que o princípio da proteção judicial tem sua amplitude reconhecida para assegurar, em face do Poder Judiciário, o envolvimento de seus agentes no propósito de melhor distribuir justiça, renovando as palavras de Chio-

37 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

38 De fato, “o Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir – tanto quanto possível – a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 64).

39 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta...*, p. 52.

venda de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”<sup>40</sup>.

Esse postulado da “máxima coincidência possível”, na denominação de Barbosa Moreira, traduz-se “na necessidade de que o resultado do processo judicial corresponda, o máximo possível, à atuação espontânea do ordenamento jurídico”<sup>41</sup>, aproximando-se, deste modo, ao efeito que manifestaria o cumprimento espontâneo da obrigação, pela parte considerada devedora.

Além disso, a boa administração da justiça recomenda soluções que tornem efetivo o dispositivo constitucional inscrito no art. 5º, LXXVIII, que garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Assim, o princípio da proteção judicial (CF/88, art. 5º, XXXV e LXXVIII) se manifesta, no processo judicial, como exigência de aceleração, de instrumentalidade e de efetividade, nele se compreendendo a necessidade de se interpretar o sistema processual de modo que, a todo tempo, propiciem-se condições para uma resposta jurisdicional adequada às diferentes circunstâncias oferecidas pelo direito material e pelos dados do mundo.

Cumpre afirmar que, em se emprestando eficácia ótima ao direito fundamental de tutela jurisdicional adequada, revelam-se admissíveis diversas providências tendentes a tornar concreta a aludida garantia constitucional, ainda que não previstas expressamente no sistema processual.

É também na perspectiva do direito fundamental ao processo justo que se afirma que as normas e os institutos do direito processual civil clássico somente deverão reger uma lide previdenciária quando as consequências de sua aplicação sejam com ela compatíveis, isto é, quando não oferecerem resultados inaceitáveis ou desproporcionais, especialmente diante da natureza do bem da vida que se encontra em discussão (autêntico direito humano e fundamental intimamente conectado ao mínimo existencial e à dignidade humana).

## **1.4 - DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA E EFETIVA E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO SOCIAL**

O reconhecimento da relativa autonomia do direito processual previdenciário em relação ao processo civil clássico emana, de um lado, da eficácia normativa e vinculante do direito fundamental ao processo justo e, de outro lado, da singularidade das ações em que o direito material que se busca satisfazer corresponde a uma prestação previdenciária.

Mais especificamente, a lide previdenciária apresenta singular configuração e, por isso, deve orientar-se pela eficácia normativa do devido processo legal, o

40 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 67.

41 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta...*, p. 55.

qual, mercê de sua dignidade constitucional, *prevalece* sobre as disposições processuais civis que ofereçam resposta inadequada ao processo previdenciário, tanto quanto pode suprir eventual ausência ou insuficiência de disciplina legal.

O que se pretende com o reconhecimento de uma normatividade específica para o direito processual previdenciário é a realização prático-jurisprudencial do ideal constitucional de um processo justo, isto é, um processo orientado por atuação jurisdicional que leve em conta as particularidades da lide que se apresenta à solução judicial.

Ainda que o legislador ordinário desconsidere, ao menos em parte, a necessidade de disciplina específica para o processo previdenciário, o órgão jurisdicional competente, mercê da eficácia vinculante do direito fundamental ao processo justo e do feixe de normas jusfundamentais que derivam devido processo legal (dimensão substancial), guarda o dever de suprir a insuficiência ou de afastar a inadequação das normas do processo civil clássico nas lides previdenciárias.

As características particulares do fenômeno previdenciário – que se estendem para o âmbito processual – exigem uma específica disciplina normativa.

Não é, porém, a existência de um complexo de normas processuais bem ordenadas que evidencia o sistema processual previdenciário<sup>42</sup>. Antes, são as questões específicas que emergem em uma lide tipicamente previdenciária que demonstram a insuficiência do processo civil clássico e apontam para a necessidade de uma normatização própria, fundada no direito constitucional ao processo justo.

As singularidades da lide previdenciária, percebidas fundamentalmente nos sujeitos da relação processual e na natureza do objeto do litígio, evidenciam a inadequação de certas disposições do processo civil clássico para regramento da relação jurídica previdenciária em juízo.

A fim de justificar certo desprendimento da normatividade engendrada no seio do processo civil comum, não se pretende realizar exame exaustivo de todas as particularidades processuais que atenderiam mais eficazmente o direito material previdenciário. Antes, o objetivo é o de perseguir na singularidade da lide previdenciária o tratamento constitucionalmente adequado e os novos parâmetros ou caminhos que nos conduzem a esse processo diferenciado.

## **1.5 - ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO – A NATUREZA DO OBJETO DA LIDE**

Dentre as particularidades que conformam a singularidade da lide previdenciária, encontra-se a fundamentalidade de um bem jurídico previdenciário, isto é, sua natureza alimentar correspondendo a um direito individual de relevância social fundamental.

---

42 As normas processuais previdenciárias encontradas textualmente na Constituição e em disposições legais – como adiante se verá –, antes de fundamentarem a existência desta específica disciplina processual, prestam-se apenas a explicitar que a singularidade da lide previdenciária reclama normatização distinta daquela oferecida pelo direito processual civil comum.



O direito material cuja satisfação se pretende no processo previdenciário é um bem de índole alimentar, um direito humano fundamental, um direito constitucional fundamental.

Um bem jurídico previdenciário corresponde à ideia de uma prestação indispensável à manutenção do indivíduo que a persegue em juízo. Essa primeira noção é reconhecidamente basilar, mas extremamente importante: uma prestação previdenciária tem natureza alimentar; destina-se a prover recursos de subsistência digna para os beneficiários da previdência social que se encontrem nas contingências sociais definidas em lei; destina-se a suprir as necessidades primárias, vitais e presumivelmente urgentes do segurado e às de sua família, tais como alimentação, saúde, higiene, vestuário, transporte, moradia etc. O que está em jogo em uma ação previdenciária são valores *sine qua non* para a sobrevivência de modo decente. É o direito de não depender da misericórdia ou auxílio de outrem.

O direito à previdência social é um direito humano fundamental. Não é vão lembrar que a proteção previdenciária corresponde a um direito intimamente ligado às noções de mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. Ao referir a existência de normas de proteção social em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, é curial reconhecer que nada obstante à diversidade de nações e de culturas, a preocupação com os estados de necessidade é ínsita à percepção de que a humanidade é o valor dos valores. A seguridade social, enquanto meio de tutela da vida humana em situações de risco de subsistência, é um instrumento de salvaguarda deste valor de singular importância.

Em matéria de proteção social, antes da Constituição de 1988, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, e ratificada pelo Brasil na mesma data, já dispunha em seu art. XXV:

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias ora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Todavia, a obrigatoriedade jurídica de observância dos direitos previstos na Declaração Universal de 1948 só se operou em 1966, com a elaboração do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>43</sup>.

---

43 Como ensina Flávia Piovesan, o chamado processo de “juridicização” da Declaração começou ainda em 1949 e foi concluído apenas em 1966. Os referidos pactos internacionais “*passavam a incorporar, com maior precisão e detalhamento, os direitos constantes da Declaração Universal, sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes*”. (PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos sociais

Após a Constituição da República, o Brasil ratificou (24.01.1992) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que havia sido adotado pela ONU em 16.12.1966<sup>44</sup>. Em seu art. 9º, é reconhecido o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social<sup>45</sup>.

A expressão da dignidade humana não será aperfeiçoada sem um esquema de proteção social que propicie ao indivíduo a segurança de que, na hipótese de cessação da fonte primária de sua subsistência, contará com proteção social adequada.

Quando discutimos em juízo o direito a um benefício previdenciário, não é demais recordar, estamos em face de uma sensível questão: o autor alega fazer jus a direito de elevada magnitude. Dizer-lhe que não detém o direito invocado é recusar-lhe o gozo de direito fundamental aos meios de subsistência em situação de adversidade. E esse direito não perde tal natureza ainda que as causas se multipliquem ou ainda que a máquina judiciária se encontre congestionada. O sofrimento humano não pode ser banalizado.

O direito à proteção previdenciária é, com efeito, um direito constitucional fundamental. Sua fundamentalidade não decorre apenas de uma determinação topológica, pelo fato – importante, reconheça-se – de a previdência social estar expressa na Constituição da República como um direito social inscrito no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (CF/88, art. 6º).

Em uma estrutura assentada sobre o princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III) e com objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF/88, art. 3º, I), de erradicação da pobreza e a marginalização, e de redução das desigualdades sociais e regionais (CF/88, art. 3º, III), parece lógico que um sistema de proteção social seja uma peça necessária. Pretende-se dizer com isso que não apenas a partir de uma perspectiva individual, senão igualmente a partir de uma perspectiva institucional, isto é, dos objetivos primeiros a que nossos arranjos institucionais devem necessariamente confluir, faz-se indispensável um sistema de seguridade social e, mais especificamente, um sistema previdenciário adequado. Aliás, emprestar consideração social ao trabalho (CF/88, art. 1º, IV) é entregar ao trabalhador recompensa em termos sociais, a devolutiva dos reflexos sociais de seu trabalho. Os efeitos constitucionais de bem-estar e justiça sociais passam por esse caminho (CF/88, art. 193).

Certamente que a seguridade social devota-se em primeiro lugar ao indivíduo. Mas não é só isso. Se o indivíduo é uma parte constitutiva do todo que é a sociedade e se esta é resultante da congregação de indivíduos, entre ambos se

---

nos planos interno e internacional. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha Correia (Coords.). *Direito Previdenciário Constitucional*. São Paulo: LTr, 2004. p. 17)

44 Aprovação: Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991; Ratificação: 24.01.1992; Entrada em vigor: 24.04.1992; Promulgação: Decreto 591, de 06.07.1992.

45 Em nosso “Traços Elementares do Sistema Constitucional da Seguridade Social” (SAVARIS, José Antonio. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antonio (Coords.). *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2005. v. 1), tivemos oportunidade de analisar os tratados internacionais de direitos humanos em matéria de seguridade social, destacando algumas normas de proteção social que foram internalizadas e se encontram dotadas de plena eficácia.



estabelece uma relação recíproca de dependência, de modo que o que atinge a sociedade atinge também o indivíduo e o que prejudica o indivíduo se reflete na sociedade. A partir dessa noção elementar, infere-se que a sociedade não poderá deixar de ser perturbada na sua integridade quando qualquer de seus membros sofrer o ataque de uma contingência que lhe ameace a subsistência.

Na clássica lição de Armando de Oliveira Assis, “quando menos, o infortúnio dos indivíduos causará enfraquecimento na sociedade. Por isso, deve esta velar pela segurança de seus componentes e satisfazer às suas necessidades eventuais por duas razões: 1<sup>a</sup>) como um gesto de auto-sobrevivência; 2<sup>a</sup>) pelos deveres precípuos que lhe tocam”. Em outras palavras, “o perigo que ameaça o indivíduo se transfere para a sociedade, ou por outra, se ameaça uma das partes componentes do todo, fatalmente ameaçará a própria coletividade, o que faz com que as necessidades daí surgidas, além, e acima de serem apenas do indivíduo, se tornem igualmente necessidades da sociedade”<sup>46</sup>.

O direito à previdência social é um direito constitucional fundamental e temos de reconhecer, assim, que a negação de tal direito em juízo pode conduzir a graves consequências humanas e sociais<sup>47</sup>.

Eis a particularidade do bem da vida discutido em uma lide previdenciária: geralmente constituindo uma relação jurídica de trato sucessivo, ele é presumivelmente imprescindível para a subsistência digna do indivíduo. Destina-se à preservação da vida de um modo digno, sem destituições indevidas ou privações persistentes<sup>48</sup>.

Quanto a esse aspecto pode-se ponderar que também no direito do trabalho ou nas ações de alimentos o objeto da lide tem caráter alimentar.

Diferentemente do direito trabalhista, porém, o bem jurídico previdenciário carrega a ideia de que o indivíduo tem necessidade imediata dos valores de subsistência, porque se encontra em tese cercado por contingência social prevista em lei. É certo que isso não se opera quando o autor da ação previdenciária se encontra no exercício de uma atividade que possa lhe garantir a subsistência e desenvolvimen-

46 ASSIS, Armando de Oliveira. Em Busca de uma Concepção Moderna de “Risco Social”. *Revista de Direito Social*, v. 14, p. 149-173 (p. 157), 2004. O escrito foi publicado de forma inédita na *Revista dos Industriários*, n. 18, p. 24-37, dez. 1950.

47 Uma vez mais, sobre a fundamentalidade dos direitos de proteção social, veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55 e ss.; ROCHA, Daniel Machado. *O Direito Fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 110 e ss.; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade Social como Direito Fundamental Material*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 161 e ss. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direito Previdenciário e Constituição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 25-43.

48 Embora se possa perceber essa singularidade do direito material previdenciário cuja satisfação se persegue em judicialmente, é necessário esclarecer que o argumento da particularidade da lide previdenciária parte da premissa de que seus componentes subjetivos (as partes) e objetivo (objeto da ação, o bem da vida discutido em juízo), analisados em seu conjunto, tipificam uma espécie singular de litígio judicial a justificar tratamento normativo que lhe seja aderente, isto é, a reclamar uma normatização processual previdenciária.

to. Na maior parte das vezes, porém, por razões alheias à sua vontade, o segurado ou dependente da previdência social e, especialmente, o pretendente ao benefício mínimo da assistência social (Lei 8.742/93, art. 20), encontram-se destituídos de recursos alimentícios e sem condições reais de desempenhar uma atividade remunerada (“vender sua força de trabalho”). De mais a mais, pela singularidade da relação trabalhista, as partes servem-se de um processo do trabalho específico.

De outra parte, a ação de alimentos é edificada sobre institutos que lhes são próprios (Lei 5.478/68), tendo como nota marcante de eficácia a possibilidade de prisão civil do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (CF/88, art. 5º, LXVII; CPC/1973, art. 733, § 1º; CPC/2015, art. 528, § 3º; Lei 5.478/68, art. 19). Distingue-se da lide previdenciária porque nesta, como se viu anteriormente, se encontra no polo passivo uma entidade pública e o conteúdo da demanda correspondente a um direito social fundamental.

De qualquer sorte, mais do que caracterizar a lide previdenciária com exclusão de todas as demais, a natureza alimentar do benefício previdenciário, tanto quanto seu caráter de direito fundamental, é apenas um de seus elementos caracterizadores. Se não o discrimina de todos os demais ramos do direito, ao menos torna possível nos aproximarmos da singularidade previdenciária e de sua importância fundamental para o indivíduo, importância esta que, insista-se, não se dilui pela multiplicidade de litígios semelhantes.

Mais do que isso, a identificação de tal natureza do direito material é também relevante quando parte da perspectiva de que o processo deve ser “bem aderente ao direito material”, ajustando-se “à peculiaridade e à exigência da pretensão material”<sup>49</sup>.

O que estamos sustentando, afinal, é a antiga e contundente ideia de que o “texto constitucional, em sua essência, assegura uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça”<sup>50</sup>.

## 1.6 - ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO – OS SUJEITOS DO PROCESSO

Os outros elementos que emprestam tipicidade à lide previdenciária encontram-se nos sujeitos da relação processual.

Os três elementos que figuram na relação jurídica processual são o autor, titular do direito de ação, o réu, supostamente violador de um direito material, e o juiz. A relação jurídica processual previdenciária é caracterizada pelo desequilíbrio entre as partes.

Nesse sentido, verifica-se, de um lado, uma *presumível hipossuficiência econômica e informacional da pessoa que reivindica uma prestação da previdência social*. Mais do que, deve-se perceber *uma suposta contingência que ameaça a sobrevivência digna*

49 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987. p. 17.

50 GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973. p. 158; WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987. p. 21.

*dessa pessoa que pretende a prestação previdenciária. De outro lado, releva notar o caráter público do instituto de previdência que assume o polo passivo da demanda.*

Vejamos isso com mais vagar.

O autor de uma ação previdenciária é presumivelmente hipossuficiente. Trata-se de uma hipossuficiência econômica e informacional, assim considerada a insuficiência de conhecimento acerca de sua situação jurídica, seus direitos e deveres. Em face da grande complexidade dos mecanismos de proteção e respectiva legislação, os indivíduos não se encontram em situação de tomar decisões de forma informada e responsável, tendo em conta as possíveis consequências<sup>51</sup>. Por outro lado, uma vez que o autor se encontra em juízo buscando prestação de natureza alimentar, presume-se destituído de recursos para garantir sua subsistência. Essa presunção de vulnerabilidade é mais segura nas ações em que se buscam os chamados benefícios sensíveis, como auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte e auxílio-reclusão<sup>52</sup>. Na ação em que se pretende o benefício de prestação continuada da assistência social, a presunção de fragilidade econômica, salvo temeridade na demanda, não é passível de ser infirmada, visto que o próprio direito material é destinado apenas ao que necessita (CF/88, art. 203, *caput*) e não tem condições de prover sua subsistência ou tê-la provida por sua família (CF/88, art. 203, V).

Como consequência dessa hipossuficiência, o autor terá mais dificuldades para contratação de advogado realmente especializado, menos recursos para se lançar à busca de elementos de prova que sustentem suas alegações, desconhecimento de relevantes informações que poderiam lhe credenciar ao recebimento de determinada prestação previdenciária.

Também não é incomum a dificuldade de comunicação entre o indivíduo que pretende a prestação previdenciária e os operadores do direito. A linguagem do trabalhador rural e suas formas de expressão, por exemplo, precisam ser absorvidas com inteligência própria. Se o que se deseja ouvir é uma narrativa coerente, que atenda nosso ideário do que é um típico trabalho rural, então uma história de vida fracionada e que extrapole o padrão do trabalho contínuo em uma mesma localidade pode trazer aborrecimentos quando contada pelo que não fala a lingua-

51 Por isso o processo administrativo previdenciário não se desenvolve (ou não deve desenvolver-se) em uma dimensão onde o segurando litiga contra a Administração, deduzindo pretensão, alegando todos os fatos de seu interesse etc. Antes, deve ser compreendido como uma relação de cooperação, um concerto em que Administração deve, em diálogo com o segurado, conhecer a sua realidade, esclarecer-lhe seus direitos e outorgar-lhe a devida proteção social, isto é, a mais eficaz proteção social a que faz jus. Perceba-se, nessa perspectiva, quão impróprio é falar-se em uma necessária e estrita correlação entre as demandas administrativa e judicial.

52 Alguns ensaios de classificação dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social podem ser conferidos em nossos trabalhos: Benefícios programáveis do Regime Geral da Previdência Social - Aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria por idade. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antonio (Coords.). *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*. Curitiba, Juruá, 2006. v. 2, p. 103-193; O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. *Revista de Previdência Social*, LTr, n. 326, p. 5-16, jan. 2008.

gem do direito ou a linguagem mais próxima e supostamente mais objetiva dos altos funcionários.

Quanto mais simples a pessoa, menos conhecimento tem do que está se processando no âmbito administrativo. Também o advogado que patrocina sua causa pode não compreender exatamente os fatos que, por sua relevância, poderiam levar a demanda ao sucesso. Mas também pode ser que o autor não conte com defesa técnica, não seja assistido por advogado ou defensoria pública, como se pode operar no âmbito dos juizados especiais federais (Lei 10.259/01, art. 10). Se a inovação legislativa amplia o acesso à justiça, nem por isso torna mais fácil a tarefa de compreensão das alegações do autor ou de comprovação dos fatos que fundamentam seu pedido. Ao contrário, é exatamente nestes casos que a hipossuficiência econômica e informacional do autor se apresenta com toda força em seu prejuízo.

O réu das ações previdenciárias é o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, sempre<sup>53</sup>. Ainda que, por vezes, tenhamos formação litisconsorcial passiva, como no caso em que os efeitos da decisão atingirão a esfera jurídico-patrimonial de uma terceira pessoa, o órgão gestor da previdência social figurará no polo passivo da demanda<sup>54</sup>. Mesmo na ação em que se pretende o recebimento do benefício de prestação continuada da assistência social, a entidade previdenciária detém legitimidade passiva *ad causam*, pois é responsável pela operacionalização deste benefício, isto é, pela análise dos pedidos e fiscalização da persistência das condições que ensejaram a sua concessão.

Se o autor da demanda é presumivelmente hipossuficiente, por sua vez o réu é uma entidade pública, o Estado em um sentido amplo. Se o primeiro não detém conhecimento pleno acerca de seus direitos, o último dispõe de todas as informações que poderiam conduzir à concessão da prestação previdenciária pretendida. Ademais, o processo judicial existe porque a Administração Previdenciária em tese violou o direito material do autor, indeferindo benefício – ou concedendo-lhe aquém do devido – na esfera administrativa. Com isso, os documentos que podem comprovar os fatos constitutivos do direito pretendido se encontram geralmente em poder do INSS, no processo administrativo<sup>55</sup>. Ainda, o autor apresenta grandes

53 O INSS é uma autarquia federal instituída com fundamento no disposto no art. 17 da Lei 8.029, 12.04.90. Sendo criado pelo Decreto 99.350, de 27.06.1990, tem sua estrutura regimental atualmente disciplinada pelo Decreto 7.556, de 24.08.2011. Por força da Lei 13.341/2016, o INSS foi transferido à estrutura organizacional do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário.

54 Isso é muito comum nos casos em que se discute judicialmente o direito à pensão por morte e já há dependente habilitado em gozo do benefício. Como a procedência do pedido de concessão do benefício implicará – de acordo com as regras do art. 16, § 1º e do art. 77, *caput* e § 1º, ambos da Lei 8.213/91 – a divisão da pensão por morte em partes iguais ou mesmo a cessação do benefício do dependente anteriormente habilitado, é imperioso que o titular do benefício participe da relação processual, porque os efeitos da sentença podem alcançar sua esfera jurídico-patrimonial. Afinal, ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV). Se não fosse assim, o dependente em gozo de benefício poderia ver suprimida sua fonte de sustento, da noite para o dia, sem possibilidade de defesa ou de planejar seguramente sua vida.

55 Duas ressalvas quanto a essa asserção. Ela não se aplica na hipótese do ajuizamento direto da demanda judicial, isto é, sem o prévio indeferimento administrativo. Também é possível que documentos que não instruíram o processo administrativo sejam apresentados pelo autor

dificuldades para calcular o valor do benefício que pretende, ao passo que a autarquia previdenciária dispõe de todos os elementos necessários à confecção dos cálculos mais complexos.

Numa demanda em que há fracos e fortes, impõe-se uma atuação judicial tendente a equilibrar as desigualdades, mas isso não parece tão óbvio quando se está diante de uma entidade pública responsável pela gestão dos recursos da previdência social, em tempos de insegurança econômica, anúncios de crise orçamentária e sucessivas reformas previdenciárias<sup>56</sup>. Nessa atmosfera, emerge um falso dilema: analisa-se a pretensão do autor, que se reportaria a um interesse individual, em face do interesse público na preservação do sistema previdenciário. Mas não há interesse social somente na economia de recursos previdenciários, mas fundamentalmente na sua devida aplicação.

Ocorre que o enganoso discurso do déficit previdenciário, que se seguiu ao da crise fiscal do Estado no início dos anos noventa, pavimentou a aprovação de reformas previdenciárias restritivas de direito com vista à “eficiência econômica previdenciária”, objetivo inscrito na Emenda Constitucional 20/98 na forma de preservação de “equilíbrio financeiro e atuarial”. Toda essa agitação institucional exterioriza uma insegurança econômica e pode levar à inversão do polo fraco em uma relação processual previdenciária: não será mais o indivíduo hipossuficiente o carente de proteção e cuidado especial, antes o sistema previdenciário, cuja ruptura inviabilizará a proteção de todos.

Foi exatamente isso que expressou, com todas as letras, o Ministro do STF Cezar Peluso quando do julgamento da ADI 3.104. Nesta ação, o STF não reconheceu o direito dos servidores públicos filiados a Regime Próprio de Previdência Social às regras transitórias estabelecidas pela EC 20/98 e que haviam sido mutiladas pela EC 41/03. Embora ostensiva a afronta a valores como segurança jurídica, proteção da confiança do cidadão e boa-fé administrativa, Sua Excelência ponderou:

Mas não é só o problema da segurança jurídica, o problema, também, é avaliar o custo e a viabilidade econômica de certas prestações estatais [...] Os problemas de providência e de gerenciamento do sistema “podem aniquilar os sistemas e pôr a perder os próprios direitos reconhecidamente adquiridos. Vossa Excelência imagine uma situação de caos – não diria estar próxima ou longínqua, mas concebo hipoteticamente que ela possa um dia chegar –, em que fosse decretada a falência prática do sistema previdenciário, a ponto que o Estado já não pudesse responder pela aposentadoria daqueles que, há tanto tempo, dependem dela para sobreviver. Como fazemos? (ADI 3.104, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Carmen Lucia, Plenário, j. 26.09.2007, DJ 09.11.2007)

---

diretamente em Juízo. Mais adiante falaremos sobre os possíveis efeitos processuais destas duas circunstâncias.

56 Também e talvez especialmente no campo da previdência social, serve-nos o pensamento de Georges Gusdorf: “Os senhores especialistas formulam, numa linguagem técnica, enfeitada de termos bárbaros e de equações matemáticas, uma solução de compromisso que restabelece, por certo tempo, lá onde havia uma ameaça de ruptura”. Assim, “depositamos nossa confiança nos experts, muito embora nossa confiança neles mil vezes tenha sido decepcionada”. (JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976)

Ao lado da natureza singular do direito material que se busca satisfazer pelo processo previdenciário, constata-se, portanto, uma relação jurídica processual que a distingue das demais pelas características das partes.

Em suma, no processo previdenciário, o autor da demanda presume-se hipossuficiente e destituído, total ou parcialmente, de meios necessários à sua subsistência. Esses recursos de natureza alimentar são pressupostos para o exercício da liberdade real do indivíduo e indispensáveis à afirmação de dignidade humana. Temos, portanto, alguém presumivelmente hipossuficiente na busca de um bem da vida de superior dignidade e com potencialidade para colocar um fim no seu estado de privação de bem-estar e destituição. No polo passivo da demanda, tem-se a entidade administradora do Regime Geral da Previdência Social, com os privilégios processuais da Fazenda Pública – exceção feita aos processos que tramitam perante os juizados especiais federais (Lei 10.259/01, art. 9º) – e com as dificuldades já notórias no que diz respeito ao atendimento de seus beneficiários na esfera administrativa e cumprimento das determinações judiciais.

## 1.7 - EXIGÊNCIAS DE NORMATIVIDADE DO DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO

Os contornos da relação processual, juntamente com a natureza do direito material, emprestam à lide previdenciária um caráter único, com um feixe de problemas específicos que devem receber tratamento normativo diferenciado daquele proposto pelo processo civil clássico. Como referido anteriormente, para solução de algumas questões de direito previdenciário, o processo civil clássico é insuficiente ou inadequado.

O que temos até o momento, todavia, é um regramento jurídico esparso dispondo sobre temas de processo previdenciário<sup>57</sup>. Essa disciplina normativa geral atende apenas parcialmente às nuances da lide previdenciária, mas sua insuficiência tem levado a jurisprudência a definir alguns padrões para o desenvolvimento do processo previdenciário. Ainda assim, muito de decisivo para o direito processual previdenciário ainda não se questiona de modo sistematizado<sup>58</sup>.

Prende-se à essência do direito de proteção social o dever dos poderes públicos e da sociedade de provisão de recursos destinados a fazer cessar imediatamente as contingências sociais que ameaçam a subsistência humana. A lógica da

57 E algumas normas lhe dizem respeito apenas indiretamente, como a inserta no art. 1.211-A do CPC, com a redação acrescentada pela Lei 12.008, de 29.07.2009, que dispõe que “Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias”. Também assim o art. 1.211-C do CPC, com a redação acrescentada pela Lei 12.008, de 29.07.2009, ao dispor que “Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérsiste, companheiro ou companheira, em união estável”.

58 A referência é feita em relação a temas dos mais caros e que não conseguem, no entanto, sensibilizar a doutrina ou jurisprudência previdenciária, como, por exemplo, a coisa julgada previdenciária e o princípio dispositivo no processo previdenciário em face dos apelos à verdade real.



preservação da vida em condições dignas contra situações especialmente adversas constitui o fundamento primeiro de um sistema de previdência social. Percebe-se aqui a íntima conexão do direito previdenciário com o direito fundamental à garantia do mínimo existencial e com as exigências constitucionais de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. É justamente essa lógica de preservação da existência humana digna que, mercê do caráter vinculante dos direitos fundamentais, deve servir de diretriz para o legislador ordinário e para a definição e implementação de políticas públicas. Nesse sentido, a plena realização desses direitos de proteção social exige a elaboração das normas processuais adequadas à tipicidade da lide previdenciária e, ademais, a busca de soluções processuais, pelo juiz, para problemas decorrentes da insuficiência ou inadequação das normas e institutos do processo comum civil. Mais do que isso, o realçado valor de um direito fundamental que se reconhece como instrumento indispensável à sobrevivência digna da pessoa deve nos inspirar a rastrear, onde quer que se encontrem, insuficiências do processo civil clássico encobertas pela pretensão imperial de uma concepção individualista anacrônica.

### 1.7.1 - Interesse de agir em matéria previdenciária

As particularidades – e, por conseguinte, as exigências de disciplina específica – do processo previdenciário se revelam durante todos os estágios processuais.

É possível invocar inicialmente a discussão acerca das condições da ação previdenciária. Uma questão processual tipicamente previdenciária diz respeito à necessidade de prévio requerimento ou indeferimento administrativo da pretensão de obtenção de um benefício da seguridade social. O tratamento geral acerca do interesse de agir como condição da ação (CPC/1973, arts. 3º e 267, VI; CPC/2015, arts. 17 e 485, VI) não responde satisfatoriamente às diversas questões oferecidas pelas ações previdenciárias.

Na verdade, o que fundamentalmente caracteriza o interesse de agir não é o indeferimento administrativo, mas a ocorrência de lesão ou ameaça de lesão ao direito do particular, diretriz radicada na Constituição da República (CF/88, art. 5º, XXXV). Se essa proposição geral nos auxilia a responder a diversas indagações sobre o “interesse de agir em matéria previdenciária”, ainda assim a dinâmica do direito material nos interpelará com problemas mais específicos.

Não cabe aqui analisar as diversas questões que o tema suscita ou expressar qual a orientação assumida pela jurisprudência, mas algo terá de ser dito para justificar o reclame de um tratamento normativo específico.

Nas ações de concessão de uma prestação previdenciária, a lesão ou ameaça de lesão a direito se verifica, via de regra, com o indeferimento administrativo, o que evidentemente não se confunde com exaurimento da via administrativa (esgotamento dos recursos administrativos previstos na legislação). Mas na ação de revisão de benefício previdenciário a lesão pode ter ocorrido com os termos em que foi concedido o benefício, isto é, a Administração Previdenciária pode ter rejeitado parte de tempo de contribuição do segurado, adotado um salário-de-contribuição

inferior, aplicado um índice de atualização dos salários-de-contribuição inferior ao que dispunha a legislação. Na ação de restabelecimento de benefício previdenciário a lesão consistiria na cessação ou no cancelamento indevido do benefício. Na ação de manutenção do benefício, a ameaça de um ilegal encerramento do benefício pode configurar o direito de ação. Por fim, na ação anulatória de benefício previdenciário, a lesão que caracteriza o interesse de agir advém da concessão administrativa da prestação a um beneficiário, a qual interfere negativamente na esfera jurídico patrimonial de outrem, como, por exemplo, no caso de concessão de pensão por morte em favor da companheira, o que acarreta, à mãe do falecido segurado, a exclusão do direito ao mesmo benefício.

Mas isso é apenas uma parte das questões. Há outros problemas mais específicos.

Veja-se, por exemplo, a questão relacionada à existência ou não do interesse de agir quando é indeferido o benefício, mas o particular deduz, em juízo, matéria estranha àquela ventilada na via administrativa. É possível sustentar-se, nesses casos, que jamais houve resistência à pretensão do segurado quanto a esses aspectos inéditos (fatos ou documentos “novos”), de modo que não haveria propriamente resistência à pretensão tal como apresentada judicialmente, não se podendo entender que se faz presente, em termos genuínos, um conflito de interesses que torne necessária a tutela jurisdicional. Como consequência, o autor pode ser reputado carecedor da ação<sup>59</sup>.

Poderíamos indagar ainda se, na exigência de prévio indeferimento administrativo, deve haver uma estrita correspondência entre o benefício requerido no âmbito administrativo e aquele pretendido judicialmente. Outrossim, pode-se questionar se é necessário o formal indeferimento administrativo ou é suficiente o indeferimento verbal. Também suscita problemas interpretativos a questão da ameaça de lesão nas ações de concessão, isto é, se é ou não exigido o prévio requerimento mesmo quando se pode presumir que o INSS indeferirá o benefício.

Com essas questões e com outras que dizem respeito ao tema “interesse de agir em matéria previdenciária”, a doutrina e a jurisprudência do processo civil clássico nem cuidam em preocupar-se. São questões tipicamente previdenciárias, problemas previdenciários cuja solução pressupõe conhecimento específico sobre a dinâmica de concessão, manutenção e encerramento (cessação ou cancelamento) do benefício previdenciário.

Como inexistente tratamento legislativo específico, cabe à doutrina processual previdenciária a tarefa de sistematizar dificuldades que são próprias da aplicação do direito previdenciário, auxiliando, de forma crítica, o trabalho da jurisprudência especializada.

59 Sobre esse problema específico, adiantando que guardamos linha de raciocínio divergente da que foi acima explorada, veja-se o item 2.3.3.1, *infra*.



## 1.7.2 - A fungibilidade das ações previdenciárias e a relativização do princípio dispositivo

Nosso trabalho segue um fio condutor muito claro: é preciso adotar-se soluções processuais adequadas à relação jurídica de proteção social, como resposta à força vinculante do princípio constitucional do devido processo legal e dos direitos fundamentais que se buscam satisfazer judicialmente.

Dessa premissa deriva a necessidade de se compreender o pedido inicial de uma demanda previdenciária com certa flexibilidade. Pela relevância social da matéria, assim como pela importância do bem da vida previdenciário para a conformação do mínimo existencial, deve-se *acertar* judicialmente a relação jurídica de proteção social, outorgando-se a proteção previdenciária - mais eficaz ou mais vantajosa - a que o interessado faz jus<sup>60</sup>.

Em outras palavras, à semelhança do regime jurídico das ações possessórias (CPC/2015, art. 554; CPC/1973, art. 920), a propositura de uma ação previdenciária em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam atendidos.

Essa fungibilidade das ações previdenciárias, que implica a flexibilização do princípio dispositivo e do princípio da adstrição da sentença (CPC/2015, art. 492; CPC/1973, art. 460), fenômeno típico do direito processual previdenciário, foi inicialmente percebida nas demandas que versam sobre benefício por incapacidade para o trabalho.

A fungibilidade então era aceita, não tanto por força de uma consistência teórica a apontar para a necessidade de acertamento da relação jurídica de proteção social, mas pelo núcleo comum a conectar as pretensões dessa espécie de benefício. Esse ponto merece esclarecimento.

Sabe-se que para as hipóteses de redução ou perda da capacidade para o trabalho, o Regime Geral da Previdência Social oferece cobertura previdenciária específica:

- a) aposentadoria por invalidez, para o caso de incapacidade do segurado para o exercício de qualquer atividade remunerada, e sendo ele insuscetível de reabilitação - a chamada incapacidade total e permanente (Lei 8.213/91, art. 42);
- b) auxílio-doença, em caso de incapacidade do segurado, por mais de quinze dias consecutivos, para o exercício de seu trabalho ou de sua atividade habitual - a chamada incapacidade parcial e temporária (Lei 8.213/91, art. 59);
- c) auxílio-acidente, em caso de redução da capacidade para o trabalho habitual, decorrente da consolidação de sequelas ocasionadas por acidente de qualquer natureza - a chamada redução da capacidade para o trabalho (Lei 8.213/91, art. 86).

60 Sobre a teoria do acertamento e sua relação com o princípio dispositivo, veja-se o item 2.3.3.3, *infra*.

De outra parte, a Assistência Social assegura benefício de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência que não possa prover seu sustento nem tê-lo provido por sua família (Lei 8.742/93, art. 20).

Como há um ponto comum a ligar o *requisito específico*<sup>61</sup> desses quatro benefícios da seguridade social – a redução ou inexistência de capacidade para o trabalho ou obstáculos à plena participação social ligados à deficiência (LOAS) –, tem-se admitido uma espécie de fungibilidade dos pedidos que buscam sua concessão. Isso tem dois efeitos importantes. O primeiro refere-se à correspondência entre o requerimento administrativo e a petição inicial, à luz da condicionante de prévio indeferimento administrativo. O segundo relaciona-se à correspondência entre a pretensão deduzida na petição inicial e a sentença, à luz do princípio da adstrição ou congruência da sentença.

Em relação à condicionante de prévio indeferimento administrativo, entende-se que o indeferimento administrativo de uma dessas prestações em razão de “perícia médica contrária” pode abrir espaço para ajuizamento de qualquer das ações que busque benefício da seguridade social por incapacidade. O raciocínio empregado aqui é o de que se o INSS indeferiu o auxílio-doença porque não reconheceu a incapacidade para o trabalho, com maior razão indeferiria os pedidos de aposentadoria por invalidez ou de benefício de prestação continuada da assistência social. Se indeferiu o requerimento administrativo de aposentadoria por invalidez por ausência de incapacidade laboral, também indeferiria o benefício assistencial<sup>62</sup>.

61 Em outro trabalho propusemos a classificação dos requisitos da proteção previdenciária entre específicos e genéricos. Os requisitos genéricos são aqueles exigidos de modo geral para a concessão de uma prestação previdenciária: qualidade de segurado e carência. Tais requisitos não dizem respeito a determinado benefício, sendo, em regra, exigidos para que se realize a proteção previdenciária. Afirmamos que eles são exigidos “em regra”, pois a qualidade de segurado é dispensada para a concessão de aposentadoria por idade, tempo de contribuição e especial, ao passo que a concessão alguns benefícios dispensa prazo de carência, como no caso da pensão por morte e dos benefícios por incapacidade quando decorrentes de acidente de qualquer natureza ou causa, doença profissional ou do trabalho e doenças graves de tratamento particularizado. De outra parte, o requisito específico corresponde à contingência social protegida, o risco social que reclama cobertura previdenciária específica, como no caso da reclusão em relação ao auxílio-reclusão, o parto ou adoção de criança de até oito anos de idade para o salário-maternidade etc. (Requisitos genéricos da proteção previdenciária (qualidade de segurado e carência). In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *Direito Previdenciário em Foco*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005).

62 As duas turmas que compõem a 3ª Seção do TRF da 4ª Região, especializada em matéria previdenciária, orientam exatamente neste sentido, senão vejamos: “A jurisprudência tem consagrado a fungibilidade entre os benefícios previdenciários de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e, mesmo, benefício assistencial de prestação continuada ao deficiente, haja vista todos possuírem, como requisito comum, a redução ou supressão da capacidade laboral” (TRF4, AC 5001971-65.2010.404.7006, Sexta Turma, Rel. p/ Acórdão Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, D.E. 20.01.2012). Nesse mesmo sentido: “Não merece prosperar a alegação do INSS de que a sentença é *extra petita*, uma vez que inexistente violação do princípio da demanda previsto nos artigos 128 e 460 do CPC. Isto porque, conforme julgados do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a relevância social e alimentar dos benefícios de previdência e assistência social, predomina a fungibilidade das ações por incapacidade, em observância ao princípio *juria novit curia*, incidente com maior força nos pleitos previdenciários, os quais são julgados *pro misero*”.

No que diz respeito à correspondência da decisão judicial aos termos do pedido, a fungibilidade das ações por incapacidade encontraram força no princípio *juris novit curia* para reconhecer a legitimidade da sentença que concede benefício por incapacidade distinto do que pleiteado pelo autor da demanda, fundada na prova técnica superveniente e outros meios de prova. Quer dizer, a decisão que concede aposentadoria por invalidez quando o autor pleiteou auxílio-doença ou auxílio-acidente não consubstancia sentença *ultra petita* ou *extra petita*. Também não violaria o princípio da adstrição da sentença a concessão de auxílio-doença quando pleiteada aposentadoria por invalidez na petição inicial e concedido auxílio-doença ou auxílio-acidente<sup>63</sup>.

Note-se que, a rigor, não se encontra autorização para tal proceder no Código de Processo Civil. Ali, ao contrário, prevê-se que “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” (CPC/1973, art. 460; CPC/2015, art. 492)<sup>64</sup>.

Para o que pode ser percebido como uma saída de conveniência, algumas decisões acomodavam a outorga de bem distinto daquele pleiteado na inicial fundamentando-se na regra do art. 462 do CPC/1973<sup>65</sup>.

---

(TRF2, APELREEX 581661, Processo: 201051018013196/RJ, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, Data Decisão: 22.05.2013, E-DJF2R - Data: 05.06.2013)

- 63 Neste sentido: “O princípio da fungibilidade é aplicado aos benefícios previdenciários por incapacidade, permitindo que o juiz conceda espécie de benefício diversa daquela requerida na petição inicial, se os correspondentes requisitos legais tiverem sido preenchidos. Prevalece a flexibilização do rigor científico por uma questão de política judiciária: considerando que se trata de processo de massa, como são as causas previdenciárias, não seria razoável obrigar o segurado a ajuizar nova ação para obter a concessão de outra espécie de benefício previdenciário cujos requisitos tenham ficado demonstrados durante a instrução processual. 4. O núcleo do pedido deduzido na petição inicial é a concessão de benefício por incapacidade. O auxílio-acidente, assim como o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, constitui espécie de benefício previdenciário por incapacidade. A aferição dos pressupostos legais para concessão de auxílio-acidente em processo no qual o autor pede auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez não afronta o princípio da congruência entre pedido e sentença, previsto nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. Em face da relevância social da matéria, é lícito ao juiz adequar a hipótese fática ao dispositivo legal pertinente à adequada espécie de benefício previdenciário” (PEDILEF 05037710720084058201, Turma Nacional de Uniformização, Rel. Juiz Federal Rogério Moreira Alves, DJ 06.09.2012, Data da Decisão: 16.08.2012). Igualmente neste sentido: TRF4 - AC 00008928120104049999 - 6ª T. - Rel. Des. Federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle - DJ 16.04.2010). Também neste sentido: TRF2 - AC 412796 - 2ª T. Especializada - Rel. Des. Fed. André Fontes - j. em 23.02.2011 - E-DJF2R 02.03.2011; TRF4 - AC 0006409-11.2008.404.7001 - 6ª T. - Relª. Vivian Josete Pantaleão Caminha - DE 27.09.2011; TRF3 - AC 1661693/SP - 10ª T. - Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento - j. em 18.10.2011 - TRF3 CJI: 26.10.2011.
- 64 CPC/2015, art. 492: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.
- 65 Segundo o qual: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”. A regra encontra-se reproduzida no art. 493 do CPC/2015: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”.

O problema é que o benefício distinto pode ter sua concessão determinada por sentença ainda que a circunstância identificada no laudo pericial preexistia ao ajuizamento da ação, de modo que o processo civil clássico é claramente adaptado para atender à especificidade de uma demanda previdenciária.

De outro lado, essa aplicação diferenciada das normas processuais em matéria previdenciária ensejou a formação de jurisprudência própria sobre o tema, e isso não apenas para os processos que versam sobre benefício por incapacidade:

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que não constitui julgamento extra ou ultra petita a decisão que, verificando não estarem atendidos os pressupostos para concessão do benefício requerido na inicial, concede benefício diverso cujos requisitos tenham sido cumpridos pelo Segurado. 2. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1232820/RS, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, 5<sup>a</sup> Turma, j. 26.10.2010, DJe 22.11.2010)<sup>66</sup>

O que se percebe, em tal proceder, é a adoção de soluções processuais adequadas à relação jurídica previdenciária, como resposta à exigência do princípio constitucional do devido processo legal. Por esta via hermenêutica é que se nota a correção do entendimento consagrado na decisão cuja ementa se transcreve abaixo:

*Previdenciário. Recurso especial. Deferido benefício assistencial em vez de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. Decisão extra petita. Não-ocorrência. Juros de mora. Recurso provido.* 1. Cuidando-se de matéria previdenciária, o pleito contido na peça inaugural deve ser analisado com certa flexibilidade. *In casu*, **postulada na inicial a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, incensurável a decisão judicial que reconhece o preenchimento dos requisitos e concede ao autor o benefício assistencial de prestação continuada.** 2. Os juros moratórios, em se tratando de benefício previdenciário, devem ser fixados à razão de 1% (um por cento) ao mês em face de sua natureza alimentar, a partir da citação, conforme o disposto no art. 3º do Dec.-lei 2.322/87. 3. Recurso especial provido. (REsp. 847.587/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 07.10.2008, DJe 01.12.2008 - negrito nosso)

De importantes derivações percebe-se, neste sentido, a premissa de que, tendo em vista o caráter eminentemente protetivo e de alto alcance social da lei previdenciária, “Não pode o magistrado, se reconhecer devido o benefício, deixar de concedê-lo ao fundamento de não ser explícito o pedido”. (AREsp. 75.980/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05.03.2012)

66 Também neste sentido, a título ilustrativo: “*Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Deferido auxílio-doença em vez de aposentadoria por invalidez. Decisão extra petita. Não-ocorrência. Agravo improvido.* 1. A sentença, restabelecida pela decisão em sede de recurso especial, bem decidiu a espécie, quando, reconhecendo o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de auxílio-doença, deferiu-o ao segurado, não obstante ter ele requerido aposentadoria por invalidez. 2. Agravo regimental improvido”. (AgRg. no REsp. 868.911/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 16.10.2008, DJe 17.11.2008)

Com efeito, a premissa de que “o juiz deve aplicar o direito incidente sobre a situação fática constatada”<sup>67</sup> nos leva muito além do que uma mera fungibilidade das ações previdenciárias por incapacidade para o trabalho, prestando-se como mais genérica diretriz, no sentido de que o que realmente importa em uma lide previdenciária é outorgar ao indivíduo a proteção previdenciária a que efetivamente faz jus<sup>68</sup>. Em suma:

(...) 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 (AgRg no REsp. 1305049/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 03.05.2012, DJe 08.05.2012)<sup>69</sup>.

Nessa mesma linha de orientação, encontra-se o seguinte posicionamento:

Esta Corte tem entendido, em face da natureza *pro misero* do Direito previdenciário, e calcada nos princípios da proteção social e da fungibilidade dos pedidos (em equivalência ao da fungibilidade dos recursos), não consistir julgamento ultra ou extra petita a concessão de uma aposentadoria diversa da pedida, uma vez preenchidos pela segurada os requisitos legais relativos à aposentadoria deferida. (TRF4, AC 0002457-46.2011.404.9999, Quinta Turma, Rel. p/ Acórdão Guilherme Pinho Machado, D.E. 23.08.2012)<sup>70</sup>

Em nosso sentir, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, bem como evitando-se o tumulto processo, deve o juiz conceder à parte o benefício

67 STJ, AgRg no AREsp. 155.067/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 22.05.2012, DJe 26.06.2012.

68 Também neste sentido mais amplo de desvinculação da sentença ao pedido: “É firme o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de lide previdenciária, pode o juiz enquadrar a hipótese fática no dispositivo legal pertinente à concessão do benefício cabível, sem que isso importe em julgamento *extra petita*, tendo em vista a relevância da questão social”. (STJ, AgRg no REsp 1282928/RS, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 09.10.2012, DJE 17.10.2012). Sobre o tema, veja-se o item 2.3.3.3, sobre a relação entre o princípio dispositivo e a teoria do accertamento da relação jurídica de proteção social.

69 Neste sentido, mais recentemente: “É firme o posicionamento do STJ de que, em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não se entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial. REsp 1499784/RS, minha relatoria, Segunda Turma, DJe 11/02/2015, AgRg no REsp 1247847/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/06/2015, AgRg no REsp 1.367.825/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/4/2013 e AgRg no REsp 861.680/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 17/11/2008. (REsp 1545518/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 01.09.2015, DJe 11.11.2015). Nesse mesmo sentido: REsp 1499784/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 03.02.2015, DJe 11.02.2015; AgRg no AREsp 574.838/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 23.10.2014, DJe 30.10.2014.

70 No mesmo sentido, a título ilustrativo: “Não é extra petita a sentença que concede aposentadoria por idade híbrida quando pleiteada aposentadoria por idade rural”. (TRF4, AC 0006519-95.2012.404.9999, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, j. 28.01.2015, D.E. 10.02.2015)

previdenciário a que faz jus, observada a norma da proteção social mais efetiva (direito ao melhor benefício). E isso deve ser reconhecido de ofício e em qualquer grau de jurisdição<sup>71</sup>.

É preciso reconhecer, com efeito, que em uma ação previdenciária, “o magistrado deve analisar a questão com menos formalismo, em razão de estar lidando com tutela específica de pessoa hipossuficiente e em face da natureza alimentar da demanda”<sup>72</sup>.

Nossa proposta teórica para amparar esta forma de aplicação do direito previdenciário está ancorada na teoria do acertamento da relação jurídica da proteção social (item 2.3.3.3, *infra*).

Em essência, a teoria do acertamento expressa que as ações em que se busca proteção social não objetivam o estrito controle da legalidade do ato administrativo, mas a outorga da proteção devida, mediante o reconhecimento da existência do direito fundamental e a concessão da prestação previdenciária, nos estritos termos em que a pessoa faz jus.

O fundamento da teoria do acertamento se alinha à sustentação de que a lide previdenciária apresenta singular configuração e, por isso, deve orientar-se pela eficácia normativa do direito fundamental ao processo justo (CF/88, art. 5, XXXV), o qual, mercê de sua dignidade constitucional, *prevalece* sobre as disposições processuais civis que ofereçam resposta inadequada ao processo previdenciário, tanto quanto pode suprir eventual ausência ou insuficiência de disciplina legal<sup>73</sup>.

### 1.7.3 - O problema da má delimitação da lide previdenciária

A atuação administrativa na análise de requerimentos de benefícios previdenciários é marcada por uma postura que se distancia dos princípios constitucionais que devem informar sua relação com o particular que busca a proteção previdenciária. Para nos restringirmos a três exemplos corriqueiros, a Administra-

---

71 Remanesce a discussão relativa à possibilidade de, em sede de cumprimento de sentença, implantar-se benefício diverso do que foi requerido no processo de conhecimento. Segundo precedente do TRF4, “Ainda que vigore no Direito Previdenciário o princípio da fungibilidade dos pedidos - segundo o qual não se considera extra petita o julgamento que defere à parte autora a concessão de benefício diferente daquele originalmente requerido, desde que preenchidas as condições estabelecidas pela legislação para tal concessão - tal somente se mostra aplicável em sede de processo de conhecimento, sob pena de ofensa à coisa julgada. (TRF4, AG 0000669-79.2015.404.0000, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 27.05.2015).

72 AgRg no REsp 1454491/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 16.06.2015, DJe 05.08.2015.

73 Por tal razão, não concordamos com o pensamento de que não se pode agravar a situação da Fazenda Pública em sede de remessa oficial também em matéria previdenciária, como expressa a Súmula 45 do STJ. Neste sentido, com nossas reservas críticas, já decidiu o STJ, a título ilustrativo: “A prestação jurisdicional a ser entregue, em sede de reexame necessário, limita-se à análise quanto à correção ou não da sentença contrária aos entes públicos enumerados, motivo pelo qual não se revela possível substituir o benefício previdenciário reconhecido pelo juiz de primeiro grau por outro mais vantajoso ao segurado, em detrimento do interesse coletivo”. (STJ, REsp. 1379494/MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 06.06.2013, DJe 12.06.2013)



ção Previdenciária, por meio de ações de todos conhecidas, contraria (i) o direito constitucional de petição aos órgãos públicos (quando se recusa a formalizar o requerimento administrativo do potencial beneficiário), (ii) o dever também constitucional de motivar adequadamente as decisões indeferitórias de benefício, e (iii) o dever de agir de acordo com os princípios constitucionais da Administração Pública, como os da boa-fé, moralidade e eficiência (no sentido de bem atender o cidadão e de tê-lo como referência para sua atuação).

Quando analisarmos a processualidade no âmbito administrativo da Previdência Social (capítulo "4"), discutiremos os constrangimentos jurídicos impostos à Administração Pública na relação que mantém com os indivíduos que a ela acorrem buscando a satisfação de um direito fundamental de caráter alimentar.

Pretende-se destacar, neste momento em que são analisadas as particularidades da lide previdenciária, que, não raras vezes, as ações em que se discute o direito a uma prestação previdenciária apresentam grave problema de falta de delimitação do real conteúdo do conflito de interesses estabelecido entre a entidade previdenciária e a pessoa que pretende um benefício previdenciário.

O autor da demanda não tem conhecimento preciso acerca da resposta administrativa. Embora receba a carta de indeferimento, ela não expressa o que de fato foi admitido pelo instituto de previdência e o que foi desconsiderado. Como consequência disso, não raro se busca em juízo o reconhecimento de todas as circunstâncias de fato que constituem o direito pretendido, mesmo daquelas porventura acolhidas pela autarquia previdenciária. Por outro lado, alguns fatos não são administrativamente considerados pelo simples motivo de não terem sido objeto de análise.

Tomemos o exemplo de um indeferimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição. Se o INSS alcança a conclusão de que ainda que fosse reconhecido o exercício de determinado tempo de atividade em condições especiais, o segurado não completaria o tempo de contribuição exigido para a concessão de aposentadoria, o instituto de seguro social pode simplesmente deixar de examinar a natureza da atividade exercida, isto é, se ela é especial ou não. Com isso, não apenas se têm sérias dificuldades para se perceber se houve ou não o reconhecimento de tal circunstância de interesse do segurado, mas também para se conhecer o motivo pelo suposto não reconhecimento.

Mais do que representar um vício na fundamentação da decisão indeferitória, isso traduz um problema de publicidade de todo processo administrativo. Em uma ação de concessão de benefício, o Judiciário se lançará na análise do direito ao benefício. Mas, o autor da demanda não sabe exatamente o que deve ser comprovado em juízo, a fim de superar a recusa administrativa. O que pretende é a concessão do benefício, mediante o reconhecimento de todas as circunstâncias de fato necessárias para tal fim. De seu lado, a peça contestatória se destina essencialmente a negar o direito do autor em receber a aposentadoria, sustentando a legitimidade do ato administrativo indeferitório. Com este propósito, acaba deixando de reconhecer um direito do autor que seria eventualmente admitido pelo corpo técnico da Administração Previdenciária.

O que se verifica, pois, é uma lide muito mal delimitada. A carta de indeferimento que comunica falta de tempo de contribuição como razão da negativa de concessão não diz muito. Não se tem conhecimento perfeito do que foi admitido na esfera administrativa e do que não foi, isto é, não se sabe ao certo quais são os pontos de fato e de direito controvertidos entre as partes. É ainda que a controvérsia fática se defina no curso do processo – em alguns casos impondo a conclusão, após a impugnação do fato pela contestação e a produção de provas, de que o autor não tem interesse de agir no particular, porque a questão havia sido reconhecida pela entidade pública no âmbito administrativo –, a controvérsia sobre os efeitos jurídicos do fato pode permanecer nebulosa. É que se não é possível conhecer a razão da rejeição administrativa de uma circunstância específica, o juiz parece ter de assumir atribuição da Administração, simplesmente confrontando a pretensão do autor com a realidade dos fatos e a prova técnica produzida. Se essa questão, porém, não foi sequer analisada no âmbito administrativo, o juiz terá de examiná-la de maneira originária, embora fosse possível que a Administração admitisse o fato e suas consequências, caso houvesse se desincumbido do dever de bem analisar a pretensão de tutela previdenciária.

O que foi dito a partir do exemplo do reconhecimento do tempo de atividade especial para aposentadoria por tempo de contribuição poderia ser referido sobre qualquer circunstância de fato que não chega a ser analisada pelo instituto previdenciário porque, ainda que fosse reconhecida em favor do requerente, não levaria à concessão da prestação previdenciária. E, como consequência dessa forma de solucionar o processo administrativo, o Judiciário deixa de revisar o ato administrativo indeferitório quanto à legitimidade das decisões que o informam, para, mais do que isso, se lançar ao conhecimento de várias questões que não foram objeto de exame pela Administração Previdenciária ou foram rejeitadas sem fundamentação específica.

A relação entre os processos administrativo e judicial oferece elementos para uma reflexão sobre a dinâmica de concessão de benefício previdenciário a partir da perspectiva da definição da lide previdenciária.

Essa reflexão tem outra dimensão além daquela exposta a partir do exemplo de que nos valem acima: Que conflito de interesses deve ser deduzido perante o Judiciário quando o INSS, por exemplo, indefere o benefício previdenciário de pensão por morte sob o fundamento de insuficiência de prova material a apontar para a dependência econômica? Poderia o Judiciário reconhecer como ilegal a exigência administrativa, determinando o prosseguimento (reabertura) do processo administrativo sem o óbice da prova material? Ou deverá examinar, como geralmente o faz, o direito do indivíduo à pensão por morte, a partir do exame das provas materiais e testemunhais da condição de dependente, e a existência da qualidade de segurado – que sequer foi objeto de consideração pelo INSS?

Coloquemos agora um exemplo em que a Administração Previdenciária indefere pedido de aposentadoria por idade rural sob o pressuposto de insuficiência de prova material, deixando de realizar justificação administrativa (Lei 8.213/91,



art. 108)<sup>74</sup>. É imperioso que o juiz, assim provocado, decida o direito do autor ao referido benefício, mediante exame das provas apresentadas pelas partes e das que serão produzidas em juízo? Diversamente, percebendo como uma questão meramente de forma a disposta pelo INSS, pode o juiz apenas analisar o óbice “insuficiência de prova material” e, em considerando ilegal a exigência administrativa, determinar a reabertura do processo administrativo para seu regular prosseguimento até final decisão (com realização de justificação administrativa, inclusive, se esta for considerada necessária pelo agente concessor)? O que se pretende colocar em discussão são os termos em que o ato administrativo deve se submeter ao reexame judicial.

Nossa preocupação se torna mais clara quando o requerimento administrativo é indeferido sumariamente.

Vamos supor que a entidade previdenciária indefira formalmente um requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição sob o entendimento de insuficiência de prova material em relação a um determinado tempo de serviço rural de que se pretendia valer o segurado na forma do art. 55, § 2º, da Lei 8.213/91. Ela não realiza justificação administrativa; não informa ao segurado quais documentos ele poderia apresentar para atender à condicionante de prova material. Além disso, deixa de examinar se determinado tempo de atividade deveria ser reconhecido como de natureza especial, para fins de conversão em comum com o acréscimo correspondente, por entender que ainda que assim fosse considerado, o segurado não completaria o tempo de contribuição mínimo.

Esse indeferimento administrativo comumente abre espaço para ação de concessão de benefício previdenciário. Nela, o juiz deverá examinar a pretensão de averbação do tempo de serviço rural, examinando as provas juntadas na esfera administrativa, os documentos apresentados ao longo do processo judicial, realizar audiência para inquirição de testemunhas, resolver a questão alusiva à atividade especial, com a produção de prova pericial se for o caso e, finalmente, decidir pela concessão ou não do benefício, quantificando o valor da prestação e a importância dos atrasados. Muito provavelmente haverá recurso por parte da entidade previdenciária. Após o trânsito em julgado e feitura de novos cálculos, expedição de requisição de pagamento (precatório requisitório ou requisição de pequeno valor).

74 Nos termos do art. 142 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, “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”. Se a Administração considera insuficientes os elementos probatórios para a comprovação de determinada circunstância de interesse de seus beneficiários, como tempo de contribuição, união estável, dependência econômica etc, *ela deve*, com vistas a suprir a carência de prova, instaurar a justificação administrativa no curso do processo administrativo correspondente (RPS, art. 142, § 2º). Para tanto, deve orientar o interessado a requerer o processamento desse recurso, pois, nos termos do art. 145 do RPS, “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”.

Mas é possível sustentar, por outro lado, que o processo administrativo não se desenvolveu validamente. Primeiro, porque a Administração não fundamentou adequadamente sua decisão, pois sequer examinou a questão da atividade especial, quanto menos motivou a desconsideração. Segundo, porque não agiu de acordo com os princípios da boa-fé, eficiência e moralidade públicas, visto que não informou ao segurado acerca do que deveria apresentar em termos de prova material. Finalmente, porque não realizou a justificação administrativa, este verdadeiro direito do segurado de produzir prova oral no processo administrativo previdenciário, nos termos do art. 108 da Lei 8.213/91. Esse entendimento pode nos guiar à solução distinta. Neste sentido, o juiz poderia reconhecer a nulidade do processo administrativo e determinar sua reabertura para, observados esses constrangimentos jurídicos, aquele tivesse válido desenvolvimento e decisão final em prazo razoável. É possível até que o óbice da “insuficiência da prova material” seja afastado pela decisão judicial, que imporá ao INSS, assim, que repute superada a questão. O problema somente demandaria atuação judicial de concessão de benefício se, após análise por regular processo administrativo, houvesse decisão indeferitória.

Essa é, pois, a outra dimensão da reflexão sobre a dinâmica de concessão de benefício previdenciário a partir da perspectiva da definição da lide previdenciária. A objeção às últimas proposições poderia partir do argumento de que, na existência de um indeferimento administrativo de concessão de benefício, não importando como se desenvolveu o processo, abre-se ao autor o direito de impugnar o ato administrativo em juízo, pleiteando a concessão do que lhe fora negado. Será mesmo? Esta objeção se sustentaria na hipótese em que o pretendente ao benefício de auxílio-doença teve indeferida esta prestação porque não compareceu à perícia médica da qual foi regularmente notificado? Ainda que se note uma mudança de tom no exemplo, já que aqui se poderia questionar o interesse de agir da parte e não a nulidade do processo administrativo (*conferir item: 6.2.1 infra*), o fato é que o indeferimento da prestação previdenciária pode não implicar necessariamente a dedução de conflito de interesses em juízo com vistas à concessão do benefício.

Voltaremos a este tema no capítulo “4” desta obra, quando se dará o exame dos constrangimentos jurídicos à atuação administrativa na análise de requerimento de concessão de benefício previdenciário. Também ali procuraremos demonstrar como é possível a racionalização das atividades judiciais a partir da concepção do processo judicial previdenciário como instrumento de correção da atividade administrativa e não apenas como meio de concessão de benefício previdenciário.

Se a ilegalidade decorre de um modelo estrutural de atuação administrativa, uma verdadeira prevenção de litígios, aliás, poderá ser obtida pela tutela dos direitos previdenciários pela via da ação civil pública.

É preciso reafirmar, assim, que muito tem de ser construído para que tenhamos um processo adequado ao fenômeno previdenciário e que, para tanto, em alguns momentos, é necessário distanciar-se das técnicas afeiçoadas ao processo civil clássico.

### 1.7.4 - Como conciliar a definitividade da coisa julgada com a provisoriedade dos benefícios previdenciários por incapacidade?

Os benefícios previdenciários por incapacidade (aposentadoria por invalidez e auxílio-doença) são precários; sua manutenção está adstrita à persistência da incapacidade para o trabalho. Da mesma forma, o benefício de prestação continuada deve ser pago enquanto perdurarem as condições que justificaram sua concessão. Por isso os titulares dessas prestações devem submeter-se a exames médicos periódicos, sob pena de suspensão do benefício.

De outro lado, a coisa julgada é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso (CPC/2015, art. 502; CPC/1973, art. 467). A sentença tem força de lei nos limites da lide e das questões expressamente decididas (CPC/2015, art. 503; CPC/1973, art. 468).

Em tendo o benefício por incapacidade essa natureza provisória, ganharia fundamentos de definitividade por força da coisa julgada judicial? Certamente que não. O juiz previdenciário concede o benefício nos termos em que ele é devido por lei, isto é, concede definitivamente um benefício provisório. Formula-se outra hipótese: Em tendo o benefício por incapacidade essa natureza provisória, poderia o INSS, a qualquer tempo, rever unilateralmente a decisão judicial, fazendo cessar o benefício por incapacidade, caso identifique a recuperação da capacidade – procedimento que chegou a ser alcunhado de “rescisória administrativa”<sup>75</sup>?

Segundo o processo civil clássico, “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo [...] se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença” (CPC/1973, art. 471, I; CPC/2015, art. 505, I).

Diante dos dispositivos acima transcritos, uma vez concedido o benefício por ordem judicial, não seria dado ao INSS suspender ou cessar unilateralmente a prestação previdenciária. Mas aqui se apresenta mais uma faceta da singularidade da lide previdenciária. Seria inviável a aplicação da regra processual acima referida no âmbito dos Juizados Especiais Federais em feitos previdenciários, pois um determinado ofício jurisdicional ficaria sob a guarda perene de um benefício previdenciário de natureza temporária e com a atribuição constante e crescente de realização de sucessivos exames periciais, que oneram os cofres públicos, por um lado ou por outro. É de se reconhecer que a forma não pode maltratar a realidade dos fatos.

De outra parte, a entidade previdenciária teria cerceado o seu direito-dever de realizar perícias médicas, promover a reabilitação profissional que se revela possível e adequada e, em sendo o caso, propiciar a alta médica para que o segurado, em havendo recuperado a capacidade laboral, retorne às suas atividades habituais.

75 ROCHA, Daniel Machado. Benefícios previstos pelo Regime Geral em face da incapacidade laboral. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *Direito Previdenciário em Foco*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

Para solução deste problema poderia ser invocada a regra específica de natureza processual previdenciária inscrita no art. 71, da Lei 8.212/91; *in verbis*:

**Art. 71.** O INSS deverá rever os benefícios, inclusive os concedidos por acidente de trabalho, ainda que concedidos judicialmente, para avaliar a persistência, atenuação ou agravamento da incapacidade para o trabalho alegada como causa para sua concessão.

**Parágrafo único.** Será cabível a concessão de liminar nas ações rescisórias e revisional, para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisando, em caso de fraude ou erro material comprovado.

Mas o fato é que a regra contida no parágrafo único acima transcrito parece atribuir o poder de cessação do benefício ao Judiciário, em sede de ação revisional da coisa julgada.

O advento da Lei 13.457/2017 mudou esse panorama, contudo, pois as novas disposições que acrescentou à Lei 8.213/91 convergem no sentido de impor à ordem judicial de concessão do auxílio-doença que tome em conta a natureza provisória desse benefício.

Com o novo regime jurídico do auxílio-doença, sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício<sup>76</sup>. Na ausência de fixação do prazo estimado para a duração do benefício, este cessará após o prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação perante o INSS<sup>77</sup>.

Não é nossa preocupação trazer nesta seção respostas para esta intrincada questão. A importância do que se articulou acima é percebida no propósito imediato de demonstrar a existência de um campo específico para normatização processual previdenciária, pelas particularidades dos problemas que uma ação previdenciária desperta.

A existência de regras processuais previdenciárias esparsas apenas corrobora a necessidade de tratamento sistematizado e específico para o domínio previdenciário. É o que passamos a demonstrar.

<sup>76</sup> Lei 8.213/91, art. 60, § 8º, com a redação dada pela Lei 13.457/2017.

<sup>77</sup> Lei 8.213/91, art. 60, § 9º, com a redação dada pela Lei 13.457/2017. Não poderá ser fixado prazo estimado para manutenção do benefício de auxílio-doença concedido em favor de segurado considerado insuscetível de recuperação para sua atividade habitual. Nesse caso, o segurado deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade e o benefício será mantido até que aquele seja considerado reabilitado para o desempenho de atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, seja aposentado por invalidez (Lei 8.213/91, art. 62 e parágrafo único, com a redação dada pela Lei 13.457/2017).

## **1.8 - NORMAS PROCESSUAIS PREVIDENCIÁRIAS EXPRESSAS NO SISTEMA NORMATIVO**

### **1.8.1 - A Constituição da República e a competência delegada**

No plano constitucional, pode-se citar como regra processual tipicamente previdenciária a que dispõe a competência delegada da justiça estadual para processar e analisar os feitos previdenciários, nos termos do art. 109, §§ 3º e 4º, da Constituição da República:

§ 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.

A maior amplitude de acesso à justiça para os potenciais beneficiários da previdência social é um exemplo característico de sensibilidade do constituinte aos termos particulares da lide previdenciária, especialmente a presumível hipossuficiência do autor da demanda, a natureza alimentar da verba em discussão e a capilaridade representativa da Administração Previdenciária.

### **1.8.2 - A Constituição da República e créditos alimentares devidos pela Fazenda Pública**

Outra norma constitucional que destaca tratamento para as ações previdenciárias é a que caracteriza como débitos de natureza alimentícia aqueles decorrentes de benefícios previdenciários, em virtude de sentença transitada em julgado (CF/88, art. 100, § 1º, com redação emprestada pela EC 62, de 09.12.2009). Os créditos previdenciários, porque de natureza alimentícia, não se submetem à ordem cronológica geral de apresentação dos precatórios (CF/88, art. 100, *caput*), e foram os primeiros a não se sujeitarem ao regime de precatórios, nas hipóteses de obrigação de pequeno valor.

A Lei 10.099, de 19.12.2000, foi o primeiro ato legislativo a regulamentar o disposto no art. 100, § 3º, da Constituição da República. Ela atribuiu nova redação ao art. 128 da Lei 8.213/91 e quantificou, em R\$ 5.180,25, o valor máximo de obtenção de créditos previdenciários ou créditos decorrentes do benefício assistencial para recebimento independentemente de expedição de precatório.

Com a edição da Lei 10.259/01, as obrigações definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório por toda Fazenda Pública Federal, passaram a ter como limite a importância estabelecida para competência do Juizado Especial Federal Cível, de 60 salários mínimos (Lei 10.259/01, art. 17, § 1º, c/c art. 3º, *caput*).

A relevância dos créditos alimentares de pequeno valor para a subsistência do indivíduo fez afrouxar a lógica de controle e planejamento orçamentário que repousa na base da sistemática de precatórios requisitórios.

É interessante notar que antes da flexibilização constitucional da exigência de precatórios requisitórios, o art. 128 da Lei 8.213/91 previa, em sua redação original, que as demandas judiciais que tivessem por objeto as questões por ela reguladas, de valor não superior a determinado patamar, obedeceriam ao rito sumaríssimo, e seriam isentas de custas e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do CPC/1973 (regime dos precatórios).

Ocorre que no julgamento da ADI 1252, o STF lançou decisão com lamentáveis efeitos para os beneficiários da previdência social, reconhecendo a inconstitucionalidade da expressão “e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil”. Segundo o entendimento da Suprema Corte, a regra inscrita no art. 100 da Constituição da República

[...] proíbe a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais, tendo em vista a observação de preferência. Por isso a dispensa de precatório, considerando-se o valor do débito, distancia-se do tratamento uniforme que a Constituição objetivou conferir à satisfação dos débitos da Fazenda. (ADI 1252, Rel. Min. Maurício Correia, Plenário, j. 28.05.1997, DJ 24.10.1997)

De outra parte, o art. 130 da Lei 8.213/91 previa:

Art. 130. Os recursos interpostos pela Previdência Social, em processos que envolvem prestações desta Lei, serão recebidos exclusivamente no efeito devolutivo, cumprindo-se, desde logo, a decisão ou sentença, através de processo suplementar ou carta de sentença.

Parágrafo único. Ocorrendo a reforma da decisão, será suspenso o benefício e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada.

Esse dispositivo progressista, embora afinado com o conteúdo da lide previdenciária, também foi declarado inconstitucional pelo STF na ADI 675 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 06.10.1994, DJ 20.06.1997), com voto de desempate da presidência, sob entendimento que o cumprimento “desde logo” implicaria afronta ao regime de precatório requisatório disposto no art. 100 da Constituição Federal. Quanto à irrepetibilidade dos valores recebidos pelo segurado, prevaleceu a orientação extremamente questionável de que a exoneração da restituição dos valores implicaria “subversão da hierarquia judiciária, estabelecida na Constituição do Brasil”, pois a decisão do juiz de primeiro grau supostamente prevaleceria sobre a do segundo grau de jurisdição (excerto do voto do Min. Octávio Gallotti).

Por muito que se possa criticar o conteúdo das decisões acima referidas, a discussão nos serve para demonstrar a existência de um complexo de questões tipicamente previdenciárias e a necessidade presente de normas e técnicas proces-

suais especialmente destinadas a melhor acomodar as diversas manifestações da relação jurídica processual previdenciária.

### 1.8.3 - Considerações normativas sobre prova em direito previdenciário

Também no direito previdenciário o postulado do devido processo legal assegura aos litigantes, como pressuposto de defesa e exercício do contraditório, o direito constitucional à produção da prova lícita. É um direito fundamental que somente pode ser restringido por lei e na medida em que essa restrição seja proporcional.

A regra é que as circunstâncias de interesse dos segurados e dependentes podem ser comprovadas por qualquer meio de prova. Mas para comprovação do tempo de serviço ou contribuição, nos termos do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91, não pode ser utilizada exclusivamente a prova testemunhal, excepcionadas as hipóteses de caso fortuito ou força maior; *in verbis*:

Art. 55. [...]

§ 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<sup>78</sup>.

A análise dessa regra de prova será feita no capítulo “7”. O que pretendemos demonstrar, por ora, é que a tipicidade da relação mantida entre a previdência social e seus potenciais beneficiários conduz a uma disciplina específica em matéria probatória. Ela se justifica, em princípio, nas diminutas possibilidades de a entidade previdenciária apresentar contraprova, pois raramente ela reunirá elementos de prova destinados a infirmar o fato alegado pelo segurado ou dependente. Daí que, administrativamente ou em juízo, a autoridade chamada a decidir se limitará, mais das vezes, em verificar a consistência da prova apresentada pelo segurado, estando exposta a condutas oportunistas.

Como a prova material apresenta traços de contemporaneidade e de espontaneidade, na medida em que é produzida independentemente do interesse em influenciar o resultado de uma decisão, a condicionante de prova material aparenta

78 Nos termos do art. 142 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, “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”. É certo que 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 (RPS, art. 142, § 1º). Em relação a essas questões de estado da pessoa, não seria razoável entender suprida a prova documental, que deve observar forma especial, pela prova pessoal colhida em sede de justificação administrativa. Da mesma forma, a justificação administrativa destinada a suprir insuficiência de prova de tempo de contribuição só produzirá efeito quando baseada em início de prova material (Lei 8.213/91, art. 55, § 3º; RPS, art. 143).



ser destinada a inibir um comportamento ilegítimo tanto do beneficiário como do agente administrativo responsável pela concessão do benefício.

Estamos diante de uma regra processual voltada, em princípio, para as peculiaridades da relação jurídica previdenciária.

Por outro lado, o direito previdenciário ainda se ressentir enormemente de normatização em matéria probatória voltada especificamente para a dinâmica de constituição dessa relação jurídica. A falta de disciplina legal específica tem deixado à jurisprudência a tarefa de sedimentação de regras de capital importância para o direito previdenciário, como é o caso dos efeitos previdenciários das decisões trabalhistas. Questiona-se: A decisão trabalhista que reconhece vínculo empregatício do segurado faz prova plena perante a previdência social? A resposta será negativa se considerados os limites subjetivos da coisa julgada (CPC/2015, art. 506; CPC/1973, art. 472). Mas essa resposta será no sentido contrário uma vez reconhecido que sobre as verbas trabalhistas reconhecidas – que pressupõem reconhecimento da prestação de serviço – incide contribuição social para a seguridade social. Mas uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo. Como um fato pode ser considerado solidamente existente para fins de custeio da seguridade social e, ao mesmo tempo, ser tão precário e movediço quando se trata de reconhecer o tempo de contribuição para fins de benefícios previdenciários? Como agravar o segurado que, segundo a decisão trabalhista, já foi prejudicado antes pelo empregador? Por outro lado, como evitar que a justiça do trabalho sirva a um descaminho previdenciário, um mero atalho à exigência de prova material? Eis um tema processual tipicamente previdenciário e que, por isso, reclama solução à luz de um arranjo normativo próprio. Voltaremos a este tema no capítulo “8” deste trabalho.

## Capítulo 2

# PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO

Quais são os princípios que devem nortear, de modo específico, os processos que materializam a judicialização de política pública de proteção social?

Se a pretensão é a de que o processo previdenciário se destaque do processo civil clássico para consubstanciar um instrumento mais efetivo de satisfação do direito material, não basta apontar as insuficiências deste último. É preciso expressar o que deve seguir do processo civil clássico, como deve seguir e o que deve ceder passo à realidade previdenciária, como exigência do devido processo legal e do direito também constitucional à adequada tutela jurisdicional.

O presente capítulo oferece, neste sentido, diretrizes específicas para os processos que têm como objeto o direito de proteção social.

Para tanto, é importante resgatarmos as quatro características que conformam a singularidade previdenciária:

- a fundamentalidade de um bem jurídico previdenciário, isto é, sua natureza alimentar correspondendo a um direito de relevância social fundamental;
- a presumível hipossuficiência econômica e informacional da pessoa que reivindica uma prestação da previdência social;
- uma suposta contingência que ameaça a sobrevivência digna da pessoa que pretende a prestação previdenciária;
- o caráter público do instituto de previdência que assume o polo passivo da demanda.

Com essas características em mente, pode-se iniciar investigação sobre os princípios que devem reger o processo previdenciário.

É importante ter em consideração, neste sentido e antes de tudo, que todo o interesse social que fundamenta a organização de um sistema solidário de proteção social desdobra-se na exigência de que, administrativamente ou em juízo, se realize a mais adequada cobertura previdenciária.

Não há aqui o mero interesse em uma solução que formalmente ofereça pacificação social. Mais do que isso, percebe-se que as situações de indevida ausência

de proteção são especialmente maléficas. Em outras palavras, quando o indivíduo não recebe provimento jurisdicional que determine a concessão de benefício a que, na verdade, faz jus, persiste indevidamente a situação de ameaça à subsistência e à dignidade da pessoa humana, com as implicações sociais decorrentes<sup>79</sup>.

O sistema do processo civil brasileiro é norteado por um conjunto de princípios que lhe emprestam sustentação lógica e unidade axiológico-normativa.

Em um sentido mais amplo, o sistema processual é regido pelos princípios gerais do processo, como o devido processo legal, a igualdade entre as partes, o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, publicidade, motivação dos atos jurisdicionais, economia processual, instrumentalidade processual, razoável duração do processo etc.

Esses princípios – que podem ser percebidos como irradiações normativas do devido processo legal – certamente encontrarão ampla aplicabilidade no processo previdenciário.

Sem embargo, alguns princípios ou institutos considerados estruturantes de nosso sistema processual civil – pois justificam seu desenho normativo e moldam a compreensão de sua dinâmica – não passam pelo filtro da adequação e, por tal razão, têm sua aplicação mitigada na seara processual previdenciária. Aqui encontraremos, por exemplo, o princípio dispositivo, o princípio da adstrição da sentença e o princípio da estabilidade da demanda.

O presente capítulo consubstancia um ensaio – que se reconhece em construção – acerca dos princípios que devem reger, de modo específico, o processo previdenciário. Não se deve abrir mão, todavia, de todo arcabouço normativo que, igualmente derivando do sobreprincípio do devido processo legal, destina-se a disciplinar o direito processual civil clássico e não colide com as exigências de especificidade do direito processual previdenciário.

Insista-se: a irradiação normativa do devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV) – e de um de seus principais desdobramentos, o direito a uma ordem jurídica justa (CF/88, art. 5º, XXXV) –, não apenas exige a condução do processo previdenciário sem a adoção absolutamente vinculante do sistema processual civil clássico, como leva à conclusão de que, em determinados casos, não é alcançada uma resposta jurisdicional constitucionalmente adequada a partir exclusivamente deste complexo de normas infraconstitucionais processuais.

Com essas ponderações introdutórias, permite-se avançar para a análise de algumas técnicas normativas consideradas adequadas à realização das exigências do direito fundamental ao processo justo e de efetivação dos direitos fundamentais de proteção social.

79 Também é certo que o provimento de sobreproteção deve ser evitado, mas a consequência que ele propicia – estímulo ao comportamento oportunístico – não apresenta efeitos individuais e sociais dramáticos como a sentença de não proteção. Vale lembrar justamente aqui a percepção de John Rawls: “A desconfiança e o ressentimento corroem os vínculos da civilidade, e a suspeita e a hostilidade tentam os homens a agir de maneira que eles em circunstâncias diferentes evitariam” (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maia Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 7).

Uma última nota se faz necessária. A abordagem dos princípios processuais previdenciários realizada neste trabalho, mercê da novidade que representa ainda nesta quadra histórica, será feita mediante contextualização de problemas concretos e incursão em temas da seara filosófica.

## **2.1 - PRINCÍPIO DA NÃO PRECLUSÃO AO DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

Como sustentado anteriormente, direito à previdência social consubstancia autêntico direito humano e fundamental, pois a prestação de recursos sociais indispensáveis à subsistência da pessoa deriva do próprio direito de proteção à existência humana digna.

Os direitos humanos e fundamentais assim ligados ao mínimo existencial não se submetem ao regime de preclusão, podendo ser satisfeitos a qualquer tempo, desde que demonstrada a sua existência.

Seria um contrassenso instituir-se um sistema de proteção social ao necessitado, com vistas a proteger-lhe contra estados de necessidade e, ao mesmo tempo, por razões de natureza formal, recusar-lhe a satisfação de tal direito fundamental quando necessita e efetivamente faz jus aos recursos indispensáveis à sua manutenção.

Essa argumentação apresenta três derivações importantes: a) o direito a um bem previdenciário não preclui pelo seu não exercício a tempo, isto é, o direito à proteção previdenciária é imprescritível; b) o direito a um bem previdenciário não é fulminado, de modo indistinto, pelo instituto da coisa julgada; c) no direito processual previdenciário deve-se admitir a apresentação de novas provas, ainda quando vencida a fase instrutória.

### **2.1.1 - Princípio da não preclusão e a imprescritibilidade do direito previdenciário**

Em tema de proteção social, o regime de preclusão temporal pode conduzir a pessoa a uma condição de destituição perpétua de recursos necessários para sua subsistência, entregando-a à própria sorte mesmo quando seja inegável que faz jus a determinada forma de proteção social. O decurso do tempo não legitima a violação de nenhum dos direitos humanos e fundamentais, os quais devem ser respeitados em sua integralidade.

A norma jurídica infraconstitucional que, em caso de violação estatal do direito à previdência social, estipula limite de prazo para o requerimento de tutela jurisdicional tendente a determinar a cessação da violação desses direitos humanos, a um só tempo: a) malfeire o direito ao mínimo existencial de que se reveste o direito fundamental à previdência social; b) implica denegação de justiça.

Pela primeira via, o decurso do tempo separará a pessoa da proteção social a que, em tese, faz jus, de modo que o instituto da prescrição do fundo do direito, nesta seara, pode iludir o direito fundamental à previdência social (CF/88, art. 6º, *caput*) e, por consequência, o princípio fundamental da dignidade humana (CF/88,

art. 1º, III). Pela segunda via, a prescrição do fundo do direito revela-se violadora do direito constitucional de acesso à justiça (CF/88, art. 5º, XXXV) e do direito a um remédio jurídico eficaz que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 25, item “1” do Pacto de San José da Costa Rica), ato normativo de estatura supralegal<sup>80</sup>.

Nessas condições, afigura-se inconstitucional a norma jurídica que chance-la, pelo decurso tempo, a violação do direito humano e fundamental à previdência social, impondo prazo para a proteção judicial contra ato estatal que o tenha negado, integral ou parcialmente.

É inconstitucional, por essas razões, a regra contida no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela MP 1.523-9, de 28.06.1997, quando estipula prazo decadencial (prescrição do fundo do direito, mais propriamente) para a revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, porque implica, em suas consequências, a irreversibilidade do ato estatal que viola direito intimamente ligado ao mínimo existencial e à dignidade humana<sup>81</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, decidiu de modo contrário ao entendimento aqui sustentado (RE 626.489, Rel. Luis Roberto Barroso, j. 16.10.2013)<sup>82</sup>.

Sem embargo, pensamos que diversas são as hipóteses em que não incidirá o prazo decadencial para as ações de revisão de benefício previdenciário, tal como analisado mais adiante (item 9.3.3.4, *infra*).

### 2.1.1.1 - Imprescritibilidade, inalienabilidade e indisponibilidade

Outra característica elementar dos direitos humanos e fundamentais nos auxilia a justificar o princípio da não preclusão ao direito previdenciário: a sua inalienabilidade. O direito humano e fundamental à previdência social é inalienável, assim como a dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial.

A inalienabilidade do direito previdenciário quer significar que o direito fundamental à proteção social não pode ser separado definitivamente da esfera jurídico-patrimonial de seu titular. Ele não pode ser alienado pelo seu titular ou

80 Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 25: “Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

81 Embora nossa convicção seja a de que o prazo preclusivo de que trata o art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91 seja prescricional de fundo do direito (ver item 9.3.2.2, *infra*), serão empregadas neste trabalho, indistintamente, as expressões “decadência” e “prescrição do fundo” do direito, até mesmo em função de a primeira (“decadência”) se encontrar expressamente no texto legal e nas principais decisões judiciais sobre a matéria (v.g., STF, RE 626.489, Rel. Luis Roberto Barroso, j. 16.10.2013).

82 O assunto será abordado com mais profundidade quando do exame do tema da prescrição e decadência em matéria previdenciária (item 9.3.3 *infra*).

expropriado pelo Estado ou por terceiros. Trata-se de direito indisponível, no sentido de que não se pode transferir e, ademais, não se pode renunciar<sup>83</sup>.

É razoável entender que a natureza alimentar dos direitos previdenciários – e sua relação com o direito à vida – fazê-os hospedar a característica da indisponibilidade e, por conseguinte, da irrenunciabilidade<sup>84</sup>.

É de se compreender, por outro lado, que a circunstância de uma prestação previdenciária apresentar conteúdo econômico-patrimonial conduz à conclusão de que a indisponibilidade dos direitos previdenciários é relativa, e não absoluta. O direito fundamental social à previdência social (o direito fundamental em si) é indisponível, mas não o exercício do direito que conduz ao recebimento de expressão econômica verificada em uma prestação previdenciária.

Com efeito, se o direito fundamental à previdência social é inalienável, imprescritível e irrenunciável, o bem jurídico previdenciário específico (*v.g.*, pensão por morte ou aposentadoria) é de natureza relativamente indisponível, em face de sua expressão econômico-patrimonial. Nesse sentido, observe-se, o caráter irrenunciável do direito não impede a renúncia ao seu exercício, o que pode-se dar, na seara previdenciária, por exemplo, pela omissão no requerimento de determinado benefício.

O espaço de disponibilidade de um direito previdenciário refere-se à faculdade de decisão, pelo seu titular, dos termos em que será exercido. Essa faculdade de decisão é de duas ordens:

- a) quanto ao tempo, isto é, o titular do direito é que definirá (i) se e (ii) quando postulará o benefício. Enquanto não formalizado o requerimento do benefício, caracteriza-se o não exercício do direito correspondente<sup>85</sup>;
- b) quanto ao modo, isto é, ao titular do direito compete definir, desde que devidamente orientado, qual a melhor proteção social a que faz jus. Para tanto, a melhor defesa do direito de proteção social pode ocorrer mediante:

83 É de se notar, neste sentido, que “A renúncia somente poderá ter como objeto um aspecto do direito fundamental, ou seja, a abrangência da renúncia será apenas parcial, não podendo atingir o direito fundamental como um todo, cerceando o exercício de todas as possibilidades conferidas pela garantia jusfundamental” (ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 202).

84 “A disponibilidade é o primeiro pressuposto objetivo à renúncia e tem relação direta com a renunciabilidade a direito fundamental, uma vez que só se pode renunciar aquilo de que se dispõe” (ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 201)

85 O não exercício, contudo, não se confunde com a renúncia. Quanto ao ponto (não-exercício do direito fundamental), “existe uma posição jusfundamental garantida que a ordem jurídica lhe permite exercer ou não exercer. É uma situação fática, de natureza – na maioria dos casos – não-jurídica. Inocorre, portanto, a *expressa* manifestação da vontade do titular pela renúncia a esse direito, apenas um não-exercer ou um não levar a efeito as possibilidades da posição jurídica jusfundamental” (ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*, p. 39). Nesses casos, o titular do direito decide, por motivos quaisquer, “não exercer as possibilidades que lhe são oferecidas pela previsão jusfundamental” (ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*, p. 200).

- b.1) composição amigável da lide, abrindo-se mão (dispondo) de parcela do direito a que em tese pudesse fazer jus<sup>86</sup>;
- b.2) desistência da aposentadoria com objetivo de receber maior grau de proteção previdenciária, como no caso da desaposentação<sup>87</sup>;
- b.3) renúncia ou desistência à determinada prestação previdenciária, com vistas a receber benefício mais vantajoso que não pode receber de modo acumulado. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que a pessoa com deficiência abre mão de direito à sua cota de pensão por morte, para que possa receber a proteção assistencial, que se mostra mais vantajosa<sup>88</sup>;
- b.4) a suspensão do gozo de determinado benefício com o objetivo idêntico ao item anterior (receber benefício mais vantajoso que não pode receber de modo acumulado).

Em todos esses casos, o cidadão pode abdicar do gozo de uma prestação previdenciária, objetivando alcançar uma posição jurídica de proteção social mais vantajosa. Não pode renunciar, porém, de modo geral e irrevogável, ao direito de receber determinada proteção previdenciária, a qual, uma vez cumpridos os pressupostos legais, incorpora-se definitivamente ao seu patrimônio jurídico.

Por tal razão, é inaplicável, em matéria previdenciária, a regra processual que impõe ao réu condicionar a desistência da ação à renúncia ao direito sobre qual se funda a ação (Lei 9.469/97, art. 3<sup>o</sup><sup>89</sup>). Também pelas razões acima articuladas, guarda-se reserva ao entendimento do STJ, firmado de acordo com a sistemática de representativo de controvérsia, que faz empregar essa norma no domínio processual previdenciário<sup>90</sup>.

86 Essa transação relativa à satisfação de direito fundamental previdenciário é legítima, na medida em que o titular do direito busca beneficiar-se ou melhorar a sua condição com o ato renunciatório.

87 Ocorre a desistência de um direito fundamental quando “após o seu exercício, em qualquer forma, por parte do titular do direito, sempre tendo em mente alguma situação em que não se mostre mais vantajoso o exercício daquele direito que, nada obstante, permanece intacto podendo ser invocado em relações jurídicas futuras” (ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*, p. 39).

88 Essa renúncia pode-se dar mediante o que Gomes Canotilho denomina “reserva de revogação”. Como esclarece Adamy, a “‘reserva de revogação’ nada mais é do que a necessidade de que se mantenha aberta, a todo momento, a possibilidade de o titular do direito fundamental rever a sua renúncia e revogá-la, integral ou parcialmente, com a assunção de todas as posições jurídicas antes renunciadas”. (ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*, p. 39). A renúncia, portanto, não pode se transformar em verdadeira perda do direito fundamental. Em relação a essa problemática (desistência de cota de pensão por morte para recebimento de benefício assistencial), a renúncia (abdicção do direito antes de seu exercício) ou desistência (ato superveniente ao exercício do direito) de receber as prestações correspondentes à pensão por morte configura adequado procedimento para resguardar posição jurídica previdenciária para o futuro. Isso porque, futuramente, em se tornando inviável a manutenção do benefício assistencial (pelo superveniente não cumprimento de seus requisitos legais), o sujeito pode reivindicar o exercício do direito à pensão por morte, com efeito *ex nunc*.

89 Art. 3<sup>o</sup>: “As autoridades indicadas no *caput* do art. 1<sup>o</sup> poderão concordar com o pedido de desistência da ação, nas causas de quaisquer valores, desde que o autor renuncie expressamente ao direito em que se funda a ação.”



## 2.1.2 - Princípio da não preclusão e os limites da coisa julgada em matéria previdenciária

O instituto da coisa julgada encontra-se fundamentado na necessidade de que, em determinada medida, as decisões judiciais apresentem-se como definitivas.

É essencial manifestação do Estado de Direito que as relações jurídicas sejam regidas de modo a assegurar às pessoas condições de planejarem suas vidas com razoável grau de previsibilidade e confiança na ordem jurídica. A proteção da segurança jurídica, por consequência, é um dos pilares do Estado de Direito.

A incerteza das relações jurídicas constitui inequívoco foco de inquietude social e com ela germinam posições que colocam em xeque a legitimidade do poder estatal.

Compreende-se, assim, a importância de que os litígios individuais e coletivos sejam prevenidos ou, em tempo razoável, encontrem seu ponto final.

A solução dos conflitos realiza-se, via de regra, com a intervenção do Poder Judiciário e seria absolutamente indesejável que, após a proclamação de quem tem razão, fosse o conflito a qualquer tempo reaberto e o Estado novamente chamado a dizer o Direito. Que crédito teria uma tal decisão judicial? Que eficácia deteria a ordem jurídica e de que legitimidade gozariam as instituições públicas chamadas a assegurá-la? Que ordem afinal prevaleceria senão a desordem orientada pelo mais forte?

Não é objetivo deste estudo reafirmar o que se encontra muito bem elaborado em tantos estudos processual-constitucionais: a capital importância da coisa julgada e os seus fundamentos axiológicos.

Reconhecer o papel fundamental da coisa julgada não conduz, todavia, à ideia de que a decisão judicial contra a qual não cabe mais recurso seja imutável independentemente das nulidades processuais que concorreram para sua formação ou do inequívoco e inescandível *error in iudicando* que manifesta.

90 “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. NÃO CONSENTIMENTO DO RÉU. ART. 3º DA LEI 9.469/97. LEGITIMIDADE. 1. Segundo a dicção do art. 267, § 4º, do CPC, após o oferecimento da resposta, é defeso ao autor desistir da ação sem o consentimento do réu. Essa regra impositiva decorre da bilateralidade formada no processo, assistindo igualmente ao réu o direito de solucionar o conflito. Entretanto, a discordância da parte ré quanto à desistência postulada deverá ser fundamentada, visto que a mera oposição sem qualquer justificativa plausível importa inaceitável abuso de direito. 2. No caso em exame, o ente público recorrente condicionou sua anuência ao pedido de desistência à renúncia expressa do autor sobre o direito em que se funda a ação, com base no art. 3º da Lei 9.469/97. 3. A existência dessa imposição legal, por si só, é justificativa suficiente para o posicionamento do recorrente de concordância condicional com o pedido de desistência da parte adversária, obstando a sua homologação. 4. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmouse no sentido de que, após o oferecimento da contestação, não pode o autor desistir da ação, sem o consentimento do réu (art. 267, § 4º, do CPC), sendo que é legítima a oposição à desistência com fundamento no art. 3º da Lei 9.469/97, razão pela qual, nesse caso, a desistência é condicionada à renúncia expressa ao direito sobre o qual se funda a ação. 5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/08”. (REsp. 1267995/PB, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. 27.06.2012, DJe 03.08.2012)

Neste sentido, demonstram não ser absoluta a eficácia da coisa julgada as exceções previstas na legislação processual civil (CPC/2015, art. 966; CPC/1973, art. 485) e a sólida doutrina da relativização da coisa julgada:

Não há uma garantia sequer, nem mesmo a da coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam. Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e intangibilidade do corpo etc. É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica, mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável.

Nesta perspectiva metodológica e levando em conta as impossibilidades jurídico-constitucionais acima consideradas, conclui-se que é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado redondo. A irrecorribilidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional.<sup>91</sup>

Embora diversas particularidades pudessem fomentar análise da coisa julgada em matéria previdenciária, o plano deste estudo é enviesado a oferecer resposta à inaceitável situação de se denegar proteção social a quem dela necessita e a ela faz jus, mas que, por razões das mais diversas, não logrou comprovar o fato constitutivo do seu direito<sup>92</sup>.

Não se trata aqui, portanto, de discorrer sobre o que se resolveria a partir da perspectiva do processo civil clássico.

Se, a título ilustrativo, o pedido de concessão de benefício de auxílio-doença foi julgado improcedente porque não foi constatada incapacidade para o exercício da atividade habitual do segurado no primeiro processo, nada obsta seja o pedido renovado, desde que tenham sido modificadas as circunstâncias de fato. Na hipótese de alteração da causa de pedir, a repetição do pedido não encontra obstáculo na coisa julgada. E isso prescreve o processo civil comum<sup>93</sup>.

Da mesma forma, se é negada judicialmente a concessão de aposentadoria espontânea (por tempo de contribuição, idade ou especial), nada impede seja o pe-

91 DINAMARCO, Cândido. Relativizar a coisa julgada material, *REPRO* 109/28, 2003, p. 6.

92 Em outro trabalho desenvolvemos este tema com mais profundidade (SAVARIS, José Antonio. Coisa julgada previdenciária como concretização do direito constitucional a um processo justo. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, v. 1, p. 65-86, 2011).

93 Veja-se, neste sentido, a título ilustrativo: “Postulando o segurado a concessão de benefício por incapacidade, calcado no agravamento do seu quadro de saúde e tendo por base requerimento administrativo diverso, situação fática esta diversa da analisada em anterior ação, transitada em julgado, não há que se falar em identidade de pedidos e de causa de pedir, não se caracterizando a ofensa à coisa julgada”. (TRF4, AG 0001148-72.2015.404.0000, Quinta Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 03.06.2015)

dido renovado, uma vez suscitada a ocorrência de novos fatos, como, por exemplo, o superveniente cumprimento do período de carência ou do requisito específico exigido para a concessão da prestação reivindicada.

Ainda nesta linha de pensamento é seguro afirmar a possibilidade de reprodução de pedido judicial de concessão de benefício anteriormente denegado com fundamento em alteração do sistema normativo.

Até aqui a solução seria encontrada dentro das raias do direito processual civil comum, em matéria previdenciária.

### 2.1.2.1 - A coisa julgada *secundum eventum probationis*

Quando nos referimos às exigências de normatividade própria do direito processual previdenciário, propusemos que a lógica da preservação da vida do hipossuficiente que se encontra em situações adversas deve inspirar o legislador na elaboração de normas processuais previdenciárias e, bem assim, orientar o juiz na busca de soluções para questões abertas pela insuficiência do processo comum civil.

Eis um caminho próprio para o direito processual previdenciário. Enquanto o processo civil se mostra exuberante no que conquista de mais elevada segurança com o instituto da coisa julgada, o direito processual previdenciário é guiado por um princípio fundamental de que o indivíduo não pode ser separado de seu direito de sobreviver pela solidariedade social por uma questão formal. Não é adequado que se sepulte, de uma vez por todas, o direito de receber proteção social em função da certeza assegurada pela coisa julgada, quando a pessoa, na realidade, faz jus à prestação previdenciária que lhe foi negada judicialmente.

Tal como no direito penal se admite a revisão criminal para beneficiar o réu quando, por exemplo, são descobertas novas provas que o favoreçam<sup>94</sup>, o processo previdenciário pauta-se pelo comprometimento, a todo tempo, com o valor que se encontra em seu fundamento: a proteção social do indivíduo vulnerável, essa essencial dimensão de liberdade real e dignidade humana. Em relação a este valor, é de se reconhecer, a segurança contraposta deve ser superada como um interesse menor.

É preciso reconhecer: Tão digna quanto a liberdade física é a liberdade que Roosevelt denominou “*liberdade das privações*”. Daí falar-se em liberdade real, que só pode ser exercida pela pessoa com recursos mínimos para sobreviver, planejar sua vida e dela fazer algo valioso.

Se a liberdade física, traduzida no direito de ir e vir, é vista como uma inegociável expressão da dignidade humana, da mesma forma a liberdade real, em oposição à liberdade formal, deve ser pensada como um direito inalienável do ser

94 CPP, art. 621: “A revisão dos processos findos será admitida: I (*omissis*); II (*omissis*); III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”. Art. 622: “A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após”.

humano, o direito de ir e vir, e viver. De que liberdade se fala afinal quando o indivíduo é cercado pela destituição, subnutrição e apenas com esforço extraordinário consegue “vender sua força de trabalho” para prover seu sustento imediato? A segurança social atua justamente aí, como instrumento de combate à marginalização e à pobreza.

No clássico ensaio de Isaiah Berlin sobre os dois conceitos de liberdade (dicotomia entre liberdade negativa e liberdade positiva), a liberdade negativa se apresenta quando alguém é livre da interferência de qualquer pessoa em suas atividades. A liberdade nessa perspectiva individualista e bastante questionada do homem é que fundamentou “Todo apelo em favor de liberdades civis e de direitos individuais, todo protesto contra a exploração e a humilhação, contra o abuso da autoridade ou a hipnose em massa dos costumes ou a propaganda organizada”<sup>95</sup>. De outra forma, o sentido “positivo” da palavra “liberdade” se origina no indivíduo ser seu próprio amo e senhor, com possibilidade de agir ou capacidade para verdadeiramente realizar algo. As duas formas de liberdade se complementam quando se considera que o indivíduo não pode realmente exercer as liberdades individuais (propriedade, expressão, circulação) sem que as condições para seu exercício sejam criadas. A liberdade “positiva” não é “uma liberdade de”, mas “uma liberdade para”<sup>96</sup>. A segurança social atua também aqui, como baluarte de nossa civilização para a inserção moral do indivíduo na sociedade.

Conduzindo assim o pensamento, pretende-se sustentar que o direito individual fundamental à segurança social é de fato indispensável para o exercício das liberdades individuais negativas e nada deve em importância ao direito fundamental da liberdade física. Por essa razão, não será adequadamente servido pela exclusiva movimentação do modelo do processo civil clássico.

A coisa julgada não deve, ademais, significar uma técnica formidável de se ocultar a fome e a insegurança social para debaixo do tapete da forma processual, em nome da segurança jurídica. Tudo o que acontece, afinal, seria “apenas processual, mesmo que seus efeitos sejam desastrosos para a vida real”<sup>97</sup>.

A fundamentação para a aceitação do que acima foi proposto não se dá apenas pelas três primeiras características da “singularidade previdenciária” antes levantadas (relevância do bem da vida para a afirmação da dignidade humana e hipossuficiência econômica e informacional da parte que se presume destituída de recursos para sua subsistência). Também o caráter público do instituto de previdência que assume o polo passivo da demanda é relevante, pois não haverá o sentimento de eterna ameaça de renovação de um litígio ou de revisão de uma sentença<sup>98</sup>. Não há insegurança em se discutir novamente uma questão previden-

95 BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: UnB, 1981. p. 140.

96 *Idem. Ibidem*, p. 142.

97 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 321, p. 7-27, jul. 2004, p. 14.

98 Efetivamente, se em uma segunda demanda se reconhece, de modo inequívoco, a injustiça da decisão anterior que denegou a proteção social por insuficiência de prova, os efeitos sociais de outorga da prestação previdenciária não poderiam ser melhores, seja pelo efetivo cumprimento

ciária à luz de novas provas, como inexistência de insegurança na possibilidade de se rever uma sentença criminal em benefício do réu.

Observe-se, de outro lado, que,

Em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável”. (RE 363889, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 02.06.2011, DJe 15.12.2011). 2. No caso, a improcedência do pedido na ação primeva de investigação de paternidade não decorreu da exclusão do vínculo genético por prova pericial, mas sim por insuficiência de elementos para o reconhecimento ou a exclusão da paternidade, motivo pelo qual a condição de pai não foi cabalmente descartada naquele feito. (AgRg no REsp. 1215172/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 05.03.2013, DJe 11.03.2013)

Em outras palavras,

Não implica ofensa à coisa julgada material o ajuizamento de nova ação para investigar a paternidade mediante a utilização de exame de DNA, nas hipóteses em que a ação anterior teve o pedido julgado improcedente por falta ou insuficiência de provas, sem que tenha sido excluída a possibilidade de existência de vínculo genético [...] Precedentes deste Tribunal e do STF (RE 363.889/DF). (STJ. Quarta Turma. REsp. 1223610/RS; Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Maria Isabel Gallotti; Dje 07.03.2013)

*Mutatis mutandis*, o que justifica a possibilidade de limitação dos efeitos da coisa julgada em matéria previdenciária é justamente a natureza do direito que se encontra em jogo, isto é, a fundamentalidade do bem da vida para o indivíduo e sua elevada relevância para a sociedade.

Mais ainda: não se pode esquecer que o indivíduo agravado com a sentença de não proteção se presume hipossuficiente (em termos econômicos e informacionais) e sofrendo ameaça de subsistência pela ausência de recursos sociais. Seria minimamente adequada a sentença que impõe ao indivíduo a privação perpétua de cobertura previdenciária a que, na realidade, faz jus? Em nome do quê, exatamente?

De outro lado, a entidade pública chamada a conceder a prestação previdenciária tão somente operará na melhor aplicação do princípio da legalidade, entregando ao indivíduo o que, ao fim e ao cabo, lhe era mesmo devido por lei.

---

do ideal constitucional de segurança social, seja porque o instituto de seguro social, ao fim e ao cabo, estaria a melhor cumprir o princípio da legalidade e, bem assim, sua finalidade institucional. A Administração Previdenciária estaria, ao final, outorgando uma proteção previdenciária nos estritos termos legais. Logo, inexistência de insegurança em se rediscutir novamente uma pretensão previdenciária à luz de novas e decisivas provas, como inexistência de insegurança na possibilidade de se rever uma sentença criminal, quando a favor do réu.

Essa proposta decorrente do princípio da não preclusão do direito previdenciário, note-se, parte da perspectiva de que não é adequado considerar-se o sistema processual como um modelo ideal, como se a porção reservada ao estudioso fosse descobrir os princípios que informam o sistema, os princípios que influem para que ele seja assim, tal como se apresenta. Mais do que entender uma suposta lógica ideal do sistema, deve o investigador sondar eventuais imperfeições e, no quanto discernir as contradições do modelo jurídico com normas constitucionais fundamentais, propor-se a aperfeiçoá-lo em sua expressão instrumental à justiça e à pacificação social.

Enquanto o processo civil clássico aponta para o fechamento preponderantemente indiscutível da coisa julgada, o processo previdenciário busca apoiar-se no princípio constitucional do devido processo legal com as cores específicas da não preclusão do direito previdenciário<sup>99</sup>.

O princípio da não preclusão do direito à previdência social com a consequente desconsideração da eficácia plena da coisa julgada foi objeto de louvável posicionamento assumido pela 5ª Turma do TRF da 4ª Região, ainda no ano de 2002:

O princípio de prova material é pré-condição para a própria admissibilidade da lide. Trata-se de documento essencial, que deve instruir a petição inicial, pena de indeferimento (CPC, art. 283 c.c. 295, VI). Conseqüentemente, sem ele, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, I). E assim deve ser, porque o direito previdenciário não admite a preclusão do direito ao benefício, por falta de provas: sempre será possível, renovadas estas, sua concessão. Portanto, não cabe, na esfera judicial, solução diversa, certo que o Direito Processual deve ser enfocado, sempre, como meio de para a realização do direito material. (TRF4, 5ª Turma, AC 2001.04.01.075054-3 - Rel. Antonio Albino Ramos de Oliveira, DJ 18.09.2002)

Com base nesse entendimento, a 5ª Turma vinha entendendo que,

nos casos em que o segurado não prova as alegações, deve o feito ser extinto sem julgamento de mérito. Tem-se admitido a propositura de nova demanda ainda que uma outra, anteriormente proposta, tenha sido julgada improcedente, adotando-se, desse modo, em tema de Direito Previdenciário, a coisa julgada *secundum eventum probationis*. (TRF4, 5ª Turma, AC 2001.70.01.002343-0, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 21.05.2003)

Mas, se o juiz se lança à tarefa de valoração da prova, não estaria ele examinando o mérito para, depois de concluir pela ausência ou insuficiência de prova material, extinguir o feito sem o julgamento do mérito? É um tanto rigoroso afir-

<sup>99</sup> Certamente que não entra em discussão o emprego da noção de coisa julgada previdenciária quando a denegação de benefício se dá em sede de mandado de segurança que foi julgado improcedente em razão da impossibilidade, na estreita via mandamental, de produção ou de avaliação de prova de fato. Em casos tais, ainda que não se adote a visão sustentada neste trabalho, seria perfeitamente possível a discussão da causa na via ordinária, sem que se fale em violação da coisa julgada.



mar, na linha do primeiro precedente acima transcrito, que “o princípio de prova material é pré-condição para a própria admissibilidade da lide” ou que se trata de “de documento essencial, que deve instruir a petição inicial, pena de indeferimento”. Ao analisar a suficiência de prova material, impõe-se a extinção do processo com o julgamento do mérito. Orientando-se ao encerramento sem o julgamento do mérito, contudo, o juiz se abre ao apelo do bem da vida que se encontra em discussão, distanciando-se da forma processual civil em nome de um valor maior. Resguardando a possibilidade de o indivíduo reunir os elementos de prova necessários e obter finalmente o benefício previdenciário, a homenagem é feita à lógica da preservação da existência humana, à ideia de não preclusão do direito previdenciário.

Seria correto sustentar, porém, que a impropriedade técnica (extinção sem o mérito após valoração da prova) impulsionada pelo zelo progressista (ou liberalidade?) do magistrado é que definirá a possibilidade de nova discussão da causa? Não deverá ser considerada a decisão como extintiva do mérito, em sua substância? E quando outro juiz, em casos idênticos, delibera adotar a ortodoxia do processo civil clássico e extingue o feito com exame do mérito? Por um detalhe meramente formal do dispositivo da sentença, não importa o mais, define-se a sorte do indivíduo?

Na extinção do processo sem o julgamento do mérito por falta de provas há também um importante reconhecimento da insuficiência do poder de cognição do juiz. A decisão final deixa de ser vista como um veredicto imutável para ser melhor compreendida como uma decisão “nestes termos” ou “por agora”.

É isso o que expressa a decisão que extingue o feito sem julgamento do mérito por ausência de prova material: primeiro, a possibilidade de que existam provas favoráveis ao autor que não constam nos autos e que poderiam mudar a sua sorte; segundo, a injustiça ou a gravidade de se tornar essa decisão imutável e, assim, negar definitivamente o benefício previdenciário em que pese aquela possibilidade.

É isso o que **não** expressa a decisão extintiva sem o mérito: não há preclusão do direito previdenciário e, por consequência, a causa previdenciária é julgada em seu mérito segundo as provas dos autos.

Nada obstante, importante decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida de acordo com a sistemática de representativo de controvérsia, firmou a seguinte tese:

A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa (REsp 1.352.721-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, j. 16.12.2015, DJe 28.04.2016).

Com base nesse entendimento, deve ser extinto sem julgamento do mérito o processo previdenciário em que a decisão judicial não reconhece o direito ao benefício em razão da ausência ou insuficiência de prova material, pressuposto para a comprovação do tempo de serviço.



É verdade que o problema específico objeto de julgamento consistia em recusa do direito à aposentadoria rural por idade por ausência de prova material. A *ratio decidendi* do julgado, contudo, presta-se a qualquer hipótese em que é rejeitada a pretensão de proteção previdenciária ao argumento de ausência ou insuficiência de prova material, como se pode verificar do seguinte excerto da própria ementa:

1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.
2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado.
3. Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas.
4. A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia à função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; sendo certo que o trabalhador rural, durante o período de transição, encontra-se constitucionalmente dispensado do recolhimento das contribuições, visando à universalidade da cobertura previdenciária e a inclusão de contingentes desassistidos por meio de distribuição de renda pela via da assistência social (...) <sup>100</sup>.

Essa orientação jurisprudencial parece reafirmar a lógica assumida em julgamento da 3ª Seção do mesmo Tribunal Superior, proferido ainda no ano de 2010. Embora a decisão ali produzida não tenha alcançado os termos por nós propostos, por intermédio de suas exatas premissas, ela culminou por denegar o direito a benefício previdenciário, mas resguardou a possibilidade de novo ajuizamento da demanda:

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

100 REsp 1352721/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, j. 16.12.2015, DJe 28.04.2016 – Representativo da Controvérsia – Tema 629.

promoção de outra ação em que se enseje a produção de prova adequada. (STJ, 3ª Seção, PET 7.115, unânime, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 10.03.2010, DJ 06.04.2010)

É possível afirmar a esta altura que, desde uma perspectiva constitucional, o órgão jurisdicional chamado a solucionar o litígio judicial tem o poder/dever de oferecer adequada resposta às exigências de normatividade própria do direito processual previdenciário, reconhecendo como uma de suas manifestações, a eficácia relativa da coisa julgada previdenciária.

A coisa julgada, em matéria previdenciária, deve-se dar, assim, *secundum eventum probationis*, sendo possível nova discussão da matéria ligada à concessão ou revisão de determinado benefício previdenciário quando a pretensão foi originariamente recusada por insuficiência de provas. Isto porque o direito fundamental à previdência social é orientado pelo princípio fundamental de que o indivíduo não pode ser separado de seu direito de sobreviver pela solidariedade social por uma questão de índole formal.

Note-se que os novos elementos de prova não necessitam ser supervenientes ao trânsito em julgado da decisão proferida na demanda anterior. A jurisprudência do STJ tem expressado, neste sentido, que “Ainda que o documento apresentado seja anterior à ação originária, esta Corte, nos casos de trabalhadores rurais, tem adotado solução *pro misero* para admitir sua análise, como novo, na rescisória” (AR 2.338/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. 24.04.2013, DJe 08.05.2013).

O conceito de documento novo deve ser compreendido em uma perspectiva ampla, levando-se em conta a necessidade da proteção social e dos inaceitáveis efeitos reais que emanam de uma decisão denegatória de benefício previdenciário para a pessoa que dele necessita. O sentido amplo que se pode atribuir à interlocução “documento novo” presta-se, com igual justiça, a todos os casos em que novos elementos de prova revelam-se hábeis a demonstrar a injustiça da decisão denegatória passada em julgado.

Seria mesmo desproporcional impor ao indivíduo agravado com a sentença de não proteção e que se presume hipossuficiente em termos econômicos e informacionais sofrer perpetuamente os efeitos deletérios da decisão denegatória, cuja injustiça resta manifesta.

A lógica da preservação da vida nos conduz ao princípio processual da não preclusão do direito previdenciário que, por sua vez, reclama concretização dos princípios do devido processo legal e do direito a uma ordem jurídica justa na condução do processo como corolário da garantia plena de acesso à justiça, afastando os efeitos plenos da coisa julgada.

Seria até possível resignar-se diante da concretização do devido processo legal na forma adotada pelo processo civil clássico, concluindo pela eficácia imutável da coisa julgada, como o faz acriticamente a orientação dominante. Mas não é viável desconsiderar que tal perspectiva desaguará em um sem-número de decisões injustas que consubstanciam o que se tem por “privação perpétua” de bem-

-estar, com seus maléficos efeitos sociais. A tese da “coisa julgada previdenciária segundo a prova dos autos” parece, neste sentido, uma feliz aproximação do sistema normativo processual à realidade do direito material.

Na jurisprudência, encontra-se um conjunto de precedentes que se ajustam ao que sustentamos acima. Confira-se, a título ilustrativo:

A parte autora apresentou acervo probatório bastante robusto e baseou seu pedido em novo requerimento administrativo, motivo pelo qual não há de prevalecer a preliminar arguida, devendo ser observada coisa julgada *secundum eventum probationis* no Direito Previdenciário. (TRF5, AC579143/AL, Rel. Rogério Fialho Moreira, j. 14.04.2015)

Considerando o caráter social que permeia o Direito Previdenciário, a coisa julgada opera *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*, permitindo a renovação do pedido, ante novas circunstâncias ou novas provas”. (TRF1, AC 0011988-13.2014.4.01.9199/GO, Rel. João Luiz de Sousa, DJ 08.06.2015)

Da mesma forma, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, a TNU já teve ocasião de decidir que, em primeiro lugar, está a regra constitucional da proteção previdenciária, permitindo, em determinadas hipóteses, “a desconsideração da eficácia plena da coisa julgada, como no caso dos autos, ante a apresentação de novas provas pela autora” e a existência de novo requerimento administrativo (PEDI-LEF: 0031861-11.2011.4.03.6301, Rel. Juiz Federal João Batista Lazzari, j. 12.05.2015).

Em suma, o princípio da não preclusão se prende à exigência da coisa julgada *secundum eventum probationis* em matéria previdenciária. Essa tese se afigura dentro de uma perspectiva peculiar de segurança jurídica que consubstancia justa aderência do sistema normativo processual à especificidade do direito material e à força normativa do direito fundamental ao processo justo<sup>101</sup>. E essa compreensão aparentemente está sendo acolhida pela jurisprudência pátria.

101 Desde a primeira edição deste trabalho foi chamado a robustecer a tese da coisa julgada *secundum eventum probationis* o clássico desenvolvimento dado por Kazuo Watanabe à ideia dos planos da cognição (horizontal, vertical), especialmente importante para a compreensão da combinação das várias modalidades de cognição e para a concepção de processo com procedimentos diferenciados. Quanto ao procedimento de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, Watanabe identifica sua pertinência quando se tem um “condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes”, isso em razão de técnica processual (para conceber procedimento simples e célere) ou “por motivo de política legislativa (evitar, quando em jogo interesse coletivo, a formação de coisa julgada material a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente e formado mais à base de regras de distribuição e ônus da prova” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987. p. 85-86). Entendíamos, então, que essa tese carregava o germe para que à lide previdenciária, mercê de sua singularidade, fosse aplicada a técnica de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis* quando não existisse “prova bastante para o desate tranquilo da controvérsia”, quando faltasse “suporte probatório suficiente para o convencimento” - ou quando houvesse “dúvida fundada” (Dec.-lei 3.365/41) ou “matéria de alta indagação” (CPC, art. 1.000, parágrafo único, III). Tal linha de argumentação, reconheça-se, não era a mais consistente para o fim a que chamada. Não se trata, em verdade, de um processo diferenciado pela espécie de cognição, mas de exigência de normatividade distinta daquela oferecida pela legislação infraconstitucional. O princípio da não-preclusão do direito previdenciário, neste sentido, afigura-se como suficiente a

### 2.1.3 - Princípio da não preclusão e verdade real

O reconhecimento dos limites constitucionais à coisa julgada em matéria previdenciária pode constituir grande avanço naquilo que se desprende do processo civil clássico e se aproxima, por imposição constitucional, do direito material previdenciário. Mas não deve implicar, por outro lado, justificação para uma inconsequente aceleração processual. Se anteriormente sustentamos que a “liberdade de privações” nada deve em termos de importância à liberdade física e se invocamos o paradigma do direito processual penal para demonstrar a inadequação da coisa julgada civil em matéria previdenciária, este é o momento para se colocar em dúvida o domínio da verdade formal no direito processual previdenciário.

Diante da singularidade da lide previdenciária<sup>102</sup>, o princípio dispositivo não deve conduzir à imagem do juiz equidistante das partes, aguardando iniciativa destas quanto à afirmação dos fatos constitutivos do direito e respectiva comprovação. Se há algo de recorrente na afirmação de que no processo civil moderno o juiz não é um mero espectador do processo, mas deve participar ativamente na instrução da causa, com mais razão o juiz previdenciário deve valer-se de seus poderes instrutórios para se aproximar da verdade real (CPC/1973, art. 130; CPC/2015, art. 370). A solução da causa poderá não atender toda expectativa social em ver assegurada a efetividade integral do direito se a instrução do feito for abandonada às partes. Mais especificamente, o interesse social em uma adequada cobertura previdenciária fica ameaçado se é o autor da demanda, presumivelmente hipossuficiente, que deve oferecer as provas que confortam suas razões de fato. Atente-se ademais que não deve ser plena a disponibilidade emanada do princípio dispositivo se o bem previdenciário é relativamente indisponível<sup>103</sup>.

A busca pela verdade real nos processos previdenciários não consiste em uma liberalidade do juiz. Ele deve valer-se de seus poderes instrutórios para encontrar algo que se aproxime da verdade dos fatos. Isso não significa dizer que se exigirá do juiz a imaginação de todas as possibilidades que se encontrariam abertas ao autor, mas que lhe será demandada uma postura ativa, inconformada com aparentes contradições e voltada primordialmente para a solução do problema de vida que carrega um feito previdenciário (e não para o encerramento do processo). O brocardo “o que não está nos autos não está no mundo **não deveria mais estar no mundo**”.

A atuação do magistrado na busca da verdade real não agride o princípio da imparcialidade judicial, pois o resultado obtido servirá a melhor instrução da causa e à mais qualificada prestação de jurisdição (com o que deve atender aos interesses de ambas as partes).

---

interpretar restritivamente a coisa julgada em matéria previdenciária, desde uma perspectiva da eficácia normativa do direito fundamental ao processo justo.

102 Isto é, o bem da vida fundamental que se encontra em discussão, a presumível hipossuficiência da parte autora, a suposta ocorrência de uma contingência social e a presença de entidade pública no polo passivo (itens 1.5 e 1.6 *supra*).

103 Sobre o caráter relativamente indisponível do bem jurídico previdenciário, veja-se o item 2.1.1.1, *supra*.

Perceba-se, neste sentido, a importância da construção jurisprudencial a que abaixo fazemos referência:

[...] Entendendo o magistrado serem necessárias novas provas, pode este requisitá-las de ofício, ou mesmo determinar que a parte autora as produza, porquanto assim determina o art. 130 do Código de Processo Civil. 3. “O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado apenas pelo ângulo do ônus (CPC, art. 333). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material a tutela jurisdicional.” (Bedaque, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, pp. 26-27). 4. A complementação do conjunto probatório, corolário do poder do juiz de averiguar os fatos, sobre o qual as partes não podem dispor, visa, por meio da busca pela verdade real, à formação de um juízo de livre convicção motivado, atendendo, assim, ao interesse público de efetividade da Justiça, cujo escopo é o alcance da verdadeira paz social, que se eleva sobre os interesses individuais das partes. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça. (TRF4, APELREEX 0008850-21.2010.404.9999, Sexta Turma, Rel. Celso Kipper, D.E. 07.03.2012)

De outro lado, a entidade previdenciária que figura no polo passivo guarda como missão fundamental a melhor gestão possível da previdência social. Seu objetivo institucional primeiro é o de propiciar o que temos chamado de adequada proteção previdenciária, indeferindo benefícios indevidos e concedendo o que deve ser concedido de acordo com a lei. Quanto menos inverta as coisas, mais eficientemente demonstrará atendimento aos princípios referidos no art. 37, *caput*, da Constituição da República. Nesses termos, uma participação mais ativa do juiz na busca de provas vai ao encontro do interesse maior também da autarquia previdenciária, que não deve abandonar sua finalidade institucional para em juízo, equivocadamente, jogar-se em uma defesa surda de atos administrativos que, por vezes, se revelam flagrantemente ilegítimos.

Mesmo que o princípio a ser seguido na dinâmica da relação processual seja o da promoção de equilíbrio econômico e de informações entre as partes, não se afigura quebra da imparcialidade quando o juiz busca informações sociais dos segurados junto a bancos de dados do instituto de previdência (CNIS, por exemplo) a que tem acesso, pois também aí o resultado será o aperfeiçoamento da atividade jurisdicional<sup>104</sup>.

Estamos em condições de justificar a passagem do tema da coisa julgada previdenciária (segundo a prova estabelecida nos autos) ao da verdade real, para desde logo afirmar que melhor é que se busque a verdade real do que se tenha de valer da coisa julgada previdenciária (*secundum eventum probationis*). Também é

104 Sobre a imparcialidade de nossos dias, confira-se a importante contribuição de SOUZA, Artur César. *A “parcialidade positiva” do juiz e o justo processo penal: nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da “racionalidade do outro”*. Mimeo. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005. 424p.

melhor o processo conduzido com segurança – manifestando cognição digna de ser chamada plena e exauriente – e célere quanto possível, do que o processo que celeremente chega ao final para não julgar o mérito por falta de prova material. Se a primazia fosse atribuída à coisa julgada previdenciária em relação à verdade real, teríamos os ingredientes necessários para uma aproximação caótica do processo judicial previdenciário às linhas do processo administrativo conduzido pela entidade previdenciária, onde se sucedem indefinidamente os requerimentos de concessão de benefício que são encaminhados sem qualquer respeito às formas constitucionais processuais.

Um ponto conectado com o princípio da verdade real, pode-se dizer, é o que se relaciona com o tempo oportuno para apresentação de provas no processo previdenciário.

É importante reconhecer, antes de tudo, que se encontra pacificado na jurisprudência do STJ o “entendimento no sentido de ser admissível a apresentação de prova documental na fase recursal, desde que não caracterizada a má-fé e observado o contraditório” (AgRg 200500015022, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 22.08.2005, DJ 22.08.2005)<sup>105</sup>.

Se tal amplitude do direito de defesa é assegurada no âmbito do processo civil clássico, quanto mais deve ser assegurada a apresentação de documentos na fase recursal em um processo previdenciário, em razão da dignidade constitucional fundamental do direito material que se busca satisfazer.

Observe-se que se o STJ vem ampliando o conceito de “documento novo”, para o efeito de admiti-lo como hábil a rescindir decisões denegatórias de proteção previdenciária<sup>106</sup>, com muito mais razão se deve admitir, a qualquer tempo, a apresentação de documentos indicativos da existência ou não do direito previdenciário postulado judicialmente.

Mais uma vez o que se tem, agora em relação ao momento oportuno para apresentação de provas, é a regência do princípio da não preclusão do direito previdenciário: não é adequada a imposição de preclusão temporal para o efeito de se inibir a apresentação de elementos probatórios – ou produção de outros – necessários à demonstração da existência do fato constitutivo do direito fundamental social em questão.

105 Igualmente neste sentido, a título ilustrativo: “[...] 1. Controverte-se nos autos a possibilidade de juntada, em fase recursal, de documentos que não ostentam condição de novos ou se refiram a fatos supervenientes. 2. O STJ possui entendimento de que a interpretação do art. 397 do CPC não deve ser feita restritivamente. Dessa forma, à exceção dos documentos indispensáveis à propositura da ação, a mencionada regra deve ser flexibilizada. 3. O grau de relevância do conteúdo dos documentos que se pretende juntar após a sentença do juízo de 1º grau influi na formação do convencimento do órgão julgador, relacionando-se ao mérito do pedido. Por essa razão, não pode ser utilizado para justificar, de forma autônoma e independente, a decisão a respeito de sua inclusão nos autos. 4. De todo modo, mantém-se obrigatória, após a juntada dos documentos nesse contexto, a observância ao princípio do contraditório [...]”.(REsp. 1070395/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 09.02.2010, DJe 27.09.2010)

106 AR 2.338/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. 24.04.2013, DJe 08.05.2013.



### 2.1.3.1 - Positivismo filosófico, juízos de imparcialidade e a verdade no direito social

A elaboração da sentença consubstancia o momento em que o juiz se expressa acerca das duas espécies de verdade que geralmente lhe são indagadas: a verdade sobre os fatos e a verdade sobre o direito. A primeira verdade decorre das questões de fato que são apresentadas em juízo. O juiz, no processo de formação de seu convencimento, qualificará os fatos que reputa existentes. A segunda verdade deriva da tarefa judicial de definição do direito aplicável ao caso concreto. É uma tarefa de qualificação jurídica dos fatos que foram considerados existentes.

O pensamento positivista defende a neutralidade do agente no processo de descobrimento da verdade<sup>107</sup>. O juiz positivista (em termos filosóficos) tenderá a guiar-se pela neutralidade no exame dos fatos e, de forma isenta e objetiva, definirá a verdade do direito para o caso dos autos. A neutralidade no exame dos fatos é confundida muitas vezes com a inércia do juiz no que toca à instrução probatória. A objetividade no processo de definição da dogmática jurídica, forjada na serenidade do castelo imaginário do juiz positivista, é comparável à pureza de comportamento dos estudiosos das ciências naturais. Qualquer das duas verdades (de fato ou de direito) parece corresponder à única possível, à única verdade aceitável. Só que o juiz positivista, para demonstrar que de modo neutro e objetivo chegou ao resultado verdadeiro, buscando evidenciar a verdade descoberta, encobre suas dúvidas em páginas de retórica sob o manto da certeza que lhe autoriza dizer “isto posto”.

O juiz racionalista-positivista não busca apenas imitar o método próprio das ciências naturais, tais como a física e a biologia. Além de não interferir no processo de descobrimento da verdade, há nele uma pretensão que não é mais unânime nem mesmo nas ciências da natureza: a de ter a certeza das coisas, tocar a verdade, comprová-la de modo lógico de modo que esta verdade possa ser testada.

O cientista da natureza se vale do método indutivo. Observa determinada particularidade de um fenômeno e, uma vez evidenciada sua repetição, do caso individual extrai uma regra generalizante. Descobrimdo-se a verdade, há certeza de que os casos idênticos terão o mesmo resultado. Pelo método indutivo, a experiência geral é formada por um caso individual que confirma a legalidade ou lei geral, de modo que a confirmação nos autoriza a fazer previsões.

Um dos pontos nucleares da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer é o de que o método das ciências da natureza é inadequado para o estudo dos

107 Tendo por foco as concepções positivistas no domínio das ciências sociais e, em particular, a doutrina da neutralidade axiológica do saber, Löwy registra as premissas que estruturam a filosofia positivista: a) a sociedade é regida por leis naturais que não variam segundo a vontade ou ação humanas, reinando uma harmonia natural na vida social; b) como consequência, a sociedade pode ser epistemologicamente assimilada pela natureza e ser estudada pelos mesmos métodos e processos empregados pelas ciências da natureza; c) as ciências da sociedade, assim como as da natureza, devem limitar-se à observação e à explicação causal dos fenômenos, de forma objetiva, neutra, livre de julgamentos de valor ou ideologias, descartando previamente todas as pré-noções e preconceitos. (LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 17)



fenômenos sociais<sup>108</sup>. Além disso, a verdade absoluta, própria da geometria, não será encontrada no terreno da vida social.

Temos que viver com isso: não teremos certeza das coisas que se passaram (qualificação dos fatos) e muito menos teremos certeza acerca da resposta verdadeira do ordenamento jurídico para o caso colocado sob apreciação judicial (qualificação do direito). Para esta proposição buscaremos conforto em Gadamer.

A obra magna do filósofo alemão Hans-Georg Gadamer, publicada no ano de 1960 e traduzida para a língua portuguesa em 1997, insere-se no campo do problema da hermenêutica, servindo de resistência contra a pretensão de universalidade da metodologia científica. A pretensão gadameriana era a de *rastrear por toda parte a experiência da verdade* e legitimar filosoficamente a pretensão de verdade situada fora do âmbito da ciência moderna. Para tanto, fundou o pensamento de que essa legitimação somente pode ser alcançada pelo aprofundamento do *fenômeno da compreensão*<sup>109</sup>.

No que se dedica à história da filosofia hermenêutica, Gadamer orienta que a hermenêutica (teológica ou jurídica) não tinha tanto um caráter teórico-científico, pois servia muito mais ao procedimento prático (do sacerdote ou juiz), de maneira que o problema da hermenêutica sempre ultrapassou os limites que lhe são impostos pelo raciocínio ou conceito metodológico da ciência moderna. Em sua origem, a compreensão e interpretação de textos não era um expediente reservado apenas à ciência e tampouco o fenômeno hermenêutico consistia em um problema de método. Embora se tratasse de buscar o conhecimento e a verdade, não havia o interesse em se construir um conhecimento seguro que satisfizesse os ideais metodológicos da ciência, daí que inexistia interesse por um método de compreensão que permitisse submeter os textos, como qualquer outro objeto de experiência, ao conhecimento científico. Para ele, a compreensão da *tradição* permite a compreensão não apenas de textos, mas a aquisição de discernimentos e verdades.

O fenômeno da compreensão (i) impregna todas as referências humanas ao mundo, (ii) apresenta uma validade própria também no terreno da ciência e (iii) resiste à tentativa de ser transformado em método da ciência (à pretensão de universalidade da metodologia científica).

Seria justamente assim que as ciências do espírito – como a história, a religião, o direito e a sociologia – se traduzem, para Gadamer, em modos de experiência nos quais se manifesta uma verdade que não pode ser verificada com os meios metodológicos da ciência moderna.

108 Hans-Georg Gadamer (1900-2002) nasceu em Marburgo, na Alemanha. Estudou filosofia em Breslau e Marburgo. Doutorou-se junto a Paul Natorp e posteriormente foi aluno de Martin Heidegger, quando se pós-doutorou em 1928. Sua filosofia hermenêutica deriva em parte das ideias de Wilhelm Dilthey, Edmund Husserl e Martin Heidegger e influenciou grandemente a filosofia continental, estética e teológica. Sua obra de maior importância é *Verdade e Método*, publicada no ano de 1960.

109 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Tradução de Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

Gadamer parte da experiência da verdade na arte para demonstrar que a verdade nas ciências do espírito não pode ser alcançada pela ciência moderna. A partir da justificação da verdade da arte, Gadamer busca um conceito de conhecimento e de verdade que corresponda ao todo de nossa experiência hermenêutica, especialmente no conjunto das ciências do espírito, onde “estamos às voltas com verdades que suplantam fundamentalmente o âmbito do conhecimento metodológico”<sup>110</sup>. Tal como a experiência da arte, a experiência da tradição histórica vai fundamentalmente além do que nela se pode investigar, não pode ser classificada como verdadeira ou falsa no sentido determinado pela crítica histórica, e, pois, transmite sempre a verdade, da qual devemos *tirar proveito*.

A hermenêutica não é um recurso metodológico para determinar a verdade que distingue as ciências do espírito, mas uma atividade que permite compreender as circunstâncias que fazem a verdade possível e o que as ciências do espírito são, na realidade.

Outrossim, uma reflexão sobre o que é a verdade nas ciências do espírito não pode pretender, pela reflexão, subtrair-se à *tradição*, cuja vinculabilidade descobriu. Deverá, ao contrário, conscientizar-se de que sua própria compreensão e interpretação não são uma construção a partir de princípios, mas o aperfeiçoamento crítico de conceitos que lhe foram há muito legados. Deve, ainda, reconhecer que a conceitualidade em que se desenvolve o filosofar já sempre nos domina da mesma forma em que nos vemos determinados pela linguagem em que vivemos. É uma *nova consciência crítica* que a partir desses pressupostos colocará os costumes de linguagem e de pensamento que se formam para o indivíduo “na comunicação com o seu mundo circundante diante do fórum da tradição histórica, da qual todos nós fazemos parte”<sup>111</sup>.

Pelo método indutivo, como referimos anteriormente, a experiência geral é formada por um caso individual que confirma a legalidade ou lei geral, de modo que a confirmação nos autoriza a fazer previsões. Seria supostamente possível fazer previsões em qualquer situação no terreno da vida social, pois a utilização do referido método estaria isenta de todas as hipóteses metafísicas, sendo inteiramente independente de como se pensa a raiz dos fenômenos que se está observando.

Gadamer observa, contudo, que mesmo no âmbito dos fenômenos da natureza não é possível alcançar esse objetivo da mesma maneira, chamando a exemplo as inseguras previsões da meteorologia, quando comparas com aquelas da física. Segundo ele, “o verdadeiro problema que as ciências filosóficas colocam ao pensamento é que não se consegue compreender corretamente a natureza das ciências do espírito, usando o padrão de conhecimento da legalidade”<sup>112</sup>, visto que a experiência do universo sócio-histórico não se eleva ao nível de ciência pelo processo indutivo das ciências da natureza, pois ainda que em todo conhecimento histórico esteja incluído o emprego da experiência genérica no respectivo objeto da pesqui-

110 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: ...*, p. 31.

111 *Idem. Ibidem*, p. 33.

112 *Idem. Ibidem*, p. 38.

sa, o conhecimento histórico não pretende tomar o fenômeno concreto como caso de uma regra geral a permitir a elaboração de previsões, mas, antes, compreender o próprio fenômeno na sua concreção singular e histórica. Assim, por mais que a experiência geral possa operar no conhecimento histórico (ou no conhecimento que Gadamer caracteriza como “ciências inexatas”), o objetivo deste, diferentemente da intenção das ciências da natureza, não é se chegar ao conhecimento de uma lei geral, mas compreender *como pode acontecer que agora é assim*.

Gadamer irá acrescentar que a história é uma fonte de verdade muito distinta da razão teórica, e seu direito próprio “repousa no fato de as paixões humanas não poderem ser regidas pelas prescrições genéricas da razão”<sup>113</sup>.

No centro da hermenêutica filosófica gadameriana, está a proposição de que o que se denomina método na ciência moderna “só se caracteriza como exemplar nas ciências da natureza”, pois “não existe nenhum método próprio para as ciências do espírito”<sup>114</sup>.

A verdade das ciências do espírito é alcançada sem o método das ciências da natureza, isto é, sem a neutralidade axiológica do sujeito na descoberta da verdade empiricamente demonstrável. Para a experiência da verdade nas ciências do espírito, é desprezível tudo que o racionalismo moderno empirista deseja e o que o positivismo filosófico prega.

Nas ciências do espírito, chega-se à verdade pela compreensão, que implica interpretação dos fatos ou textos. O sujeito do conhecimento está lançado no mundo, restringido pelos seus preconceitos e pelos seus contornos sociais, culturais e ideológicos. O sujeito do conhecimento tem, assim, um determinado horizonte, que implica limitação imposta ao seu conhecimento. A compreensão vem pelo diálogo com o que se deseja conhecer, isto é, o sujeito se abre para ouvir o outro (o texto ou o fenômeno histórico, por exemplo), aceita a pretensão daquele em ser ouvido. Abrir-se para o outro é suspender os seus próprios preconceitos, reconhecer a força de sua tradição e a força da tradição do objeto de conhecimento; é ler o passado a partir de sua voz contextualizada na tradição, com as lentes do presente, em uma “fusão de horizontes”. Em outras palavras, o significado de um texto não é identificado apenas pelos fatos acerca do autor e seu contexto na tradição histórica, mas igualmente determinado pela situação histórica do intérprete.

### 2.1.3.2 - Verdade real e solução de equidade

Na perspectiva de Gadamer, podemos dizer que a compreensão é condição da verdade para o direito. Mas a verdade do direito ou a verdade do processo jamais será a verdade das ciências da natureza, a verdade à toda prova, a verdade que incute certeza no sujeito cognoscente.

A verdade adequada ao direito corresponde a um saber que não satisfará as exigências de certeza. Não estamos a tratar de ciências exatas. É por isso que,

113 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*: ...,p. 60.

114 *Idem. Ibidem*, p. 62.

na interpretação dos fatos ou na interpretação das normas no âmbito dos direitos sociais, a verdade a ser alcançada deve ser aquela que tenha o homem e sua contingência de destituição e de ameaça à sobrevivência como referência primeira. Uma verdade que não precisa ser universalizável ou posta à prova da generalização.

Isso é importante para expressarmos nosso ponto de vista sobre o método e a verdade adequados ao direito previdenciário.

O direito à concessão de um benefício da seguridade social não pode ser aferido a partir dos critérios milimétricos estabelecidos pela legislação previdenciária. O direito à proteção social para subsistência não se expressa de um modo matemático. Os problemas de sobrevivência que se apresentam em um processo previdenciário não serão adequadamente solucionados numa perspectiva positivista, no sentido de serem os requisitos postos à evidência do juiz.

Mas parece, de fato, que “Somos educados para considerar o Direito, mesmo o direito processual, uma disciplina científica, no sentido moderno de ‘ciência’, cujo método deverá ser o indutivo, próprio das ciências experimentais, generalizantes, produtoras de regras, quando não uma ciência cuja epistemologia seja a mesma das matemáticas”<sup>115</sup>.

A aplicação estrita das regras previdenciárias genéricas dispostas em lei e em atos infralegais pode ser admitida na esfera administrativa, pois os agentes administrativos, especialmente os que se encontram na frente de concessão da entidade previdenciária, não têm maior espaço para interpretação.

Mas não deve ser assim no processo judicial previdenciário, onde temos a figura do juiz como o órgão jurisdicional chamado a examinar, na instância derradeira (judicial), o direito da pessoa a subsistir por intermédio da proteção social. O processo judicial previdenciário é o campo próprio para soluções de equidade, afastando-se do método cartesiano de reputar falso o que é apenas provável.

Essas soluções de equidade são devidas na discussão dos fatos e na análise do direito.

Na discussão dos fatos, inspira-nos o princípio *in dubio pro misero*. No direito penal, o bem individual fundamental que está em jogo é o direito à liberdade; a existência de dúvida leva à absolvição do réu (*in dubio pro reo*). A comprovação cabal de autoria e materialidade do crime é condição para um juízo condenatório penal. Mas ainda assim, a força do valor liberdade impõe, a qualquer tempo, a revisão criminal em favor do réu. No direito previdenciário, o bem individual fundamental que se busca tutelar e que inspira a construção de todo um sistema de proteção social é o direito à subsistência diante de uma contingência adversa com potencialidade de exclusão do indivíduo. É inadequado condicionar a outorga judicial desse direito fundamental a um juízo de certeza quanto ao preenchimento dos requisitos à sua concessão. Um juízo de equidade se faz necessário e pode conduzir à aplicação da solução *pro misero*, da mesma forma que o direito do trabalho comporta a solução *in dubio pro operario*. Mais do que isso, o valor fundamental do direito à previdência so-

115 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito material e processo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 321. p. 7-27, p. 8, jul. 2004.

cial reclama, tanto quanto o direito à liberdade, um exame a qualquer tempo, mesmo quando o interessado tenha sofrido juízo de improcedência por insuficiência de provas. Esse é um pensamento que também justifica o consagrado entendimento de que o fundo do direito previdenciário é imprescritível.

O bem previdenciário não deve ser visto como um prêmio, uma vantagem ou mesmo uma benesse ao indivíduo, como o próprio nome parece simbolizar. Não há demérito algum estar em gozo de formal proteção social. Mas também não há glória nisso, senão em seu significado alimentar.

Quando propugnamos a verdade real para o direito processual previdenciário, estamos nos referindo a um conhecimento que não se contenta com o que lhe propicia automaticamente a forma processual, mas busca compreender, mediante aproximação das realidades que cercam os fatos, o objeto que desafia interpretação. E o objeto que desafia o conhecimento do juiz é justamente o fato previdenciário constitutivo do direito do autor.

A verdade real assim concebida representa muito mais do que a verdade a que se chega de forma indiferente e desinteressada (verdade formal). Mas não pode ser confundida com a verdade exata, própria das ciências naturais. A solução *pro misero* deve ser aplicada quando, em uma perspectiva formal, qualquer dos resultados dispostos pela sentença pareça razoável. Na dúvida, decide-se casuisticamente evitando-se o sacrifício de direito fundamental.

Na análise do direito, tivemos oportunidade de referir:

O senso a se buscar e a melhor interpretação de uma norma legal não está no diploma que a veicula ou na pobreza franciscana da literalidade do texto que a torna expressa. A legislação previdenciária não é um ordenamento solto ou destituído de raiz superior. Ao contrário, pelo superior valor que encerra, cada fagulha normativa da Seguridade Social somente pode ser interpretada mediante uma tarefa de apreciação constitucional e de um zelo constante com o arranjo fundamental de um sistema que, destinado a oferecer segurança como instrumento de Justiça Social, de erradicação da miséria e da marginalização, e de realização do princípio da dignidade da pessoa humana, não pode jamais fracassar.<sup>116</sup>

Isso ainda deve ser compreendido em uma perspectiva que não é refém da linguagem matemática para o direito. Os detalhes geométricos da legislação previdenciária podem levar a juízos de iniquidade, a situações em que se desconsidera todo o histórico de vida do trabalhador ou a necessidade real de proteção social. Pela ótica positivista, teremos de decidir, por exemplo, que o direito à pensão por morte de um menor absolutamente incapaz é de ser negado porque o óbito ocorreu no dia seguinte ao da perda da qualidade de segurado do falecido trabalhador. Também denegaremos a concessão de benefício por incapacidade quando o laudo técnico, revestido do mito da objetividade da atuação pericial, precisa a data do

116 SAVARIS, José Antonio. Traços Elementares do Sistema Constitucional de Seguridade Social. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antonio (Coords.). *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 93-164.

início da incapacidade para o momento imediatamente posterior à perda da qualidade de segurado. Igualmente recusaremos a concessão de pensão por morte ao dependente do segurado que faleceu um dia após a perda desta condição, ainda que ele tenha contribuído por 29 anos para a seguridade social.

Uma solução de equidade comporta, no caso concreto, a flexibilização dos requisitos milimetricamente estabelecidos para a atuação da proteção previdenciária. Os pressupostos para a concessão de benefícios passam a ser vistos como diretrizes gerais, mas não totalitárias. Tais pressupostos se legitimam para diminuir o risco moral do sistema previdenciário, isto é, a fragilidade do sistema em face de ações oportunistas por parte de alguns de seus beneficiários.

O que buscamos expressar com tais soluções de equidade com vista à concretização do bem fundamental remonta à antiga e ainda candente lição de Aristóteles:

[...] a lei é sempre uma declaração geral; no entanto, existem casos que não podem ser abrangidos numa declaração geral. Por isso, em questões das quais seja necessário falar em termos gerais, mas não seja possível fazê-lo de forma correta, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora tenha consciência do erro que isso implica. [...] Assim sendo, quando a lei formula uma regra geral e depois disso surge um caso que é exceção à regra, é correto, ali onde o pronunciamento do legislador é imperfeito e errôneo por causa de seu poder absoluto, retificar o defeito, decidindo como o próprio legislador decidiria se estivesse presente na ocasião [...]. Essa é a natureza essencial do equitativo: é uma retificação da lei onde esta é imperfeita por causa de sua generalidade<sup>117</sup>

E para o desespero do pensador positivista, que se gloria em uma ordem ideal e formalmente aperfeiçoada, Aristóteles decreta: “aquilo que em si é indefinido só pode ser medido por um padrão indefinido, como a régua de chumbo usada pelos construtores de Lesbos; assim como a régua não é rígida e pode ser moldada na forma da pedra, também se elabora um decreto especial que se ajuste às circunstâncias do caso”<sup>118</sup>.

Para Chaïm Perelman, “Essa regra vale em todos os casos em que a aplicação estrita da lei parece desarrazoada”. E é a partir dessa linha aristotélica de compreensão da equidade que Perelman questiona: “Mas que fazer se o próprio poder legislativo legisla de modo iníquo, se um Estado soberano se porta de modo criminoso? Seria razoável, nesse caso, continuar, apesar de tudo, a sustentar a doutrina do positivismo jurídico segundo a qual ‘a lei é a lei’, seja qual for seu conteúdo?”<sup>119</sup>

Para o jusfilósofo polonês, os princípios gerais de direito, comuns a todos os povos civilizados, constituem regras que não podem ser ignoradas ou violadas em um Estado de Direito. Com fundamento nesses princípios é que se reconheceu em Nuremberg a contrariedade ao direito das leis nacional-socialistas. Daí que,

117 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, parte V. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 16.

118 *Idem. Ibidem*, p. 16.

119 PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 436.



para Perelman, “em toda matéria, o inaceitável, o desarrazoado constitui um limite para qualquer formalismo em matéria de direito”<sup>120</sup>.

Aquilo que se possa cuidar ser uma criação do direito pelo sujeito do julgamento trata-se, em rigor, de uma interferência para seu aperfeiçoamento, por meio da atividade hermenêutica do juiz. O juízo de equidade, inspirado nos ideais constitucionais de concretização do direito fundamental e de promoção de justiça e bem-estar sociais, é essencialmente operado para o caso concreto, constituindo o desafio do aplicador do direito que não se resigna a contemplar o livre andar de causa de anulação do Poder Judiciário, isto é, “a redução da função jurisdicional à pura e mecânica aplicação da lei, numa posição de total servilismo do juiz frente ao legislador, segundo o ideal do Século das Luzes”<sup>121</sup>.

A *solução de equidade com inspiração constitucional* é peça fundamental para concretização do direito fundamental à subsistência pela proteção social e para tornar nossa realidade social menos injusta. Este é o ponto de vista de nosso trabalho<sup>122</sup>.

Diferentemente da verdade do saber das ciências da natureza, não deve haver no processo judicial previdenciário a busca pela universalização do caso individual como condição para o reconhecimento da verdade. A verdade do processo previdenciário é aquela alcançada especificamente para o caso concreto, no exercício de compreensão do agente chamado a decidir.

Esse pensamento não ignora que as decisões têm consequências econômicas, mas não se deixa capturar pelo discurso economicista de que toda concessão de benefício da seguridade social é uma ameaça à sustentabilidade do orçamento da seguridade social.

Por outro lado, esse pensamento tem a consciência de que o caso individual é resolvido nos seus precisos termos e, então, não cogita dos efeitos econômicos de eventual universalização daquela “correção da lei” inspirada pela Constituição<sup>123</sup>. Aliás, também é consciente de que não conseguiria responder a uma exigência de previsão de tal ordem, a não ser de modo indesejadamente leviano. Tendo consci-

120 O desarrazoado “pode resultar do ridículo ou do inadequado, e não somente do iníquo ou do inequívoco”. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito...*, p. 436.

121 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 210. *Apud* WELTER, Belmiro Pedro. O racionalismo moderno e a inefetividade do processo civil. *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 853, p. 11-57 (p. 17), nov. 2006.

122 A perspectiva que impregna o presente trabalho também nos norteou na tarefa de investigação e materialização da tese de doutoramento apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de São Paulo – FDUPE, que teve por tema “Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para a superação da prática utilitarista”, recentemente publicada pela Editora Conceito (SAVARIS, José Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para a superação da prática utilitarista*. Florianópolis: Conceito, 2011).

123 Nada obstante, tanto mais geral o desajuste do sistema previdenciário em relação a suas finalidades sociais, mais geral tenderá a ser a correção judicial. Assim é que se consolidou o posicionamento enunciado da Súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos, entendendo possível a concessão de aposentadoria especial para além dos casos previstos expressamente pelo ordenamento jurídico, bem como o entendimento de viabilidade de concessão de aposentadoria por idade independentemente da qualidade de segurado, orientação que se converteria posteriormente na Lei 10.666/03.



ência da falácia do argumento de crise orçamentária da previdência social, deixa-lhe de lado para que retorne vazio a seus interlocutores, sejam eles mal ou bem intencionados. Por fim, centra-se na circunstância fundamental oferecida pelo caso concreto de que a decisão individual repercute imediatamente na esfera vital da pessoa que pretende o recebimento de prestação previdenciária.

De outra forma, nem a verdade dos fatos e nem a verdade do direito podem ser consideradas como tais a partir dos critérios próprios do positivismo filosófico (exatidão, certeza, generalidade e previsibilidade).

E aqui se percebe a desgraça do juiz positivista: no plano dos fatos ou do direito, exige certeza, tal como nas ciências da natureza; mas se mantém em uma postura conservadoramente passiva, satisfazendo-se com o método também próprio das ciências naturais, admitindo como solução a verdade de fato que o processo formalmente lhe oferece e a verdade de direito que já é professada. Nada há de ser acrescentado, tão perfeito o método. Nada há de ser modificado no objeto, pois ele é um dado perfeitamente ordenado, tal como as leis naturais.

Este é o juiz positivista previdenciário: um sujeito que condiciona o direito a um resultado impraticável (juízo de certeza nas ciências humanas), a uma prova infosismável; avesso a emoções, repudia a dúvida e toda incerteza, as analogias, as presunções e tudo quanto seus olhos e sua realidade social não dominem. O princípio *in dubio pro misero* é fruto de uma tradição tão arcaica que sobre ela não se debruçou na academia e tampouco considerou em sua caminhada a magistratura. O grau de certeza que exige uma condenação criminal é a medida de certeza a que condicionará a concessão da sobrevivência. Insuficiente fosse a desgraça, esconde suas incertezas numa retórica que lhe distancia do humano que julga e lhe aproxima da imprudência.

Eis a desgraça do pobre: ao longo de sua vida, depender de ser explorado por todos os meios em sua capacidade de trabalho e, quando lhe falta a força produtiva, errar no minado caminho positivista rumo ao direito de proteção social.

### 2.1.3.3 - O Positivismo e a banalização do sofrimento humano

Se entendida como a neutralidade positivista, a imparcialidade representa um erro na própria condução do processo, especialmente quando lembramos que o outro a ser julgado pode ser vítima de sua impotência para dizer e provar o que é necessário. Com o erro na escolha do método, o resultado pode ser fatal em termos de consequências para a vida humana. Embora a destituição seja cruel e abominável, não é exatamente isso que importa numa perspectiva racional e positivista, desde que alcançado o resultado a partir do método exemplar das ciências físico-matemáticas.

O juiz positivista não se importa com o resultado alcançado e, por isso, não sofre. Mas talvez a ausência de sofrimento do juiz seja somente eco da resignação social às adversidades de subsistência.

O sofrimento atinge, isto sim, a pessoa que passa pelo processo de dessociação progressiva e enfrenta o medo quanto à subsistência. Afinal, como observa

Christophe Dejours, psiquiatra e psicanalista francês, especialista em psicologia do trabalho, “é sabido que esse processo leva à doença mental ou física, pois ataca os alicerces da identidade”<sup>124</sup>.

A indiferença está se tornando a face de nosso tempo, pois “toda sociedade se transformou qualitativamente, deixando de ter as mesmas reações ao sofrimento, à adversidade e à injustiça”. Segundo Dejours, nenhum analista contesta a evolução das reações sociais:

Evolução que se caracterizaria pela atenuação das reações de indignação, de cólera e de mobilização coletiva para a ação em prol da solidariedade e da justiça, ao mesmo tempo em que se desenvolveriam reações de reserva, de hesitação e de perplexidade, inclusive de franca indiferença, bem como de tolerância coletiva à inação e de resignação à injustiça e ao sofrimento alheio<sup>125</sup>

A “*banalização do mal*” que Dejours vê na sociedade contemporânea, na França, no final do século XX, corresponde à expressão “*banalidade do mal*”, empregada por Hannah Arendt, que tinha por referência o sistema nazista. Essa indiferença à dor do outro tem a ver com “a atribuição da adversidade do desemprego e da exclusão à causalidade do destino, à causalidade econômica ou à causalidade sistêmica”. É o “discurso economicista que atribui o infortúnio à causalidade do destino, não vendo responsabilidade nem injustiça na origem desse infortúnio”. Haveria uma dissociação entre adversidade e injustiça, sob o efeito da banalização do mal por aqueles que “não são vítimas da exclusão (ou não o são ainda) e que contribuem para excluir parcelas cada vez maiores da população, agravando-lhes a adversidade”<sup>126</sup>.

É interessante notar como

[...] a adesão à causa economicista, que separa a adversidade da injustiça, não resultaria, como se costuma crer, da mera resignação ou da constatação de impotência diante de um processo que nos transcende, mas funciona também como uma defesa contra a consciência dolorosa da própria cumplicidade, da própria colaboração e da própria responsabilidade no agravamento da adversidade social<sup>127</sup>.

O problema é que a tradicional imparcialidade do juiz é intimamente conectada à perspectiva positivista de neutralidade, no processo de conhecimento, do sujeito em face do objeto. De acordo com esta visão de mundo, o resultado é o que é, custe o que custar, uma consequência inafastável do processo de investigação da verdade que teria contado com a isenção do sujeito. A neutralidade do sujeito garantiria a correção do resultado tanto quanto a neutralidade de um juiz “eunuco” asseguraria a justiça da sentença.

124 DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 19.

125 *Idem. Ibidem*, p. 23.

126 *Idem. Ibidem*, p. 20.

127 *Idem. Ibidem*, p. 21.

#### 2.1.3.4 - O processo voltado para a justiça e para o ser humano

Sendo filhas da racionalidade moderna, as perspectivas metodológicas do positivismo apresentariam um caminho idôneo não apenas para o conhecimento da verdade no âmbito das ciências da natureza, mas igualmente para a construção de um modelo de objetividade isento de pressupostos valorativos que seria, a seu ver, próprio das ciências humanas, como a história, a sociologia e o direito.

Em sua excelente tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, o juiz federal Artur César de Souza propõe uma nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da “racionalidade do outro”, com o que chegou ao que denomina de “parcialidade positiva” do juiz como resposta às exigências de justiça do processo penal<sup>128</sup>.

Esse trabalho critica com contundência a visão meramente formalista, de vocação iluminista, correspondente aos postulados de neutralidade e imparcialidade do juiz. Em relação a premissas tão antigas quanto ilusórias, Artur Souza faz impregnar sua tese do pensamento que predomina atrás das cortinas do espetáculo processual: o juiz não é neutro e muito menos imparcial. O juiz não é neutro porque vinculado à sua visão de mundo, constrangido pelas suas concepções sociais, econômicas, culturais, psicológicas e ideológicas. Buscando a ruptura com a visão formalista do juiz neutro e imparcial, Artur Souza desenvolve, pela angulação humanística do processo penal, a figura do juiz *positivamente parcial*, que reconhece as diferenças sociais, econômicas e culturais das pessoas envolvidas na relação jurídica processual. O reconhecimento do outro no processo é fundamentado na concepção filosófica da racionalidade do outro, desenvolvida por Enrique Dussel<sup>129</sup> e Emmanuel Lévinas<sup>130</sup>. O juiz deve libertar-se de sua “subjetividade egoística” para encontrar a exterioridade do outro que se apresenta transcendentalmente no processo, buscando introduzir na relação jurídica processual (penal) uma ética voltada à produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana.

A incursão filosófica realizada na “parcialidade positiva” de Artur encontra terreno fértil no campo previdenciário. O “ativismo judicial probatório” como instrumento da paridade de armas é indispensável para a tutela do direito da segurança social:

A busca incessante por um processo justo e equo não convive com o postulado de inércia ou apatia de qualquer sujeito da relação jurídica processual. O juiz, muitas

128 SOUZA, Artur César. *A “parcialidade positiva” do juiz e o justo processo penal: nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da “racionalidade do outro”*. Mimeo. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005. 424p.

129 Especialmente nas obras: *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002; *Filosofia da libertação. Crítica à ideologia da exclusão*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995; *Método para uma filosofia da libertação: superação analítica da dialética hegeliana*. São Paulo: Loyola, 1986.

130 Especialmente nos seguintes escritos: *Da existência ao existente*. Tradução de Paul Albert Simon. Campinas: Papirus, 1998; *Ética e infinito*. Lisboa: Edições 70, 1982; *Humanismo do outro homem*. Tradução de Pergentino S. Pivatto (Coord.). Petrópolis: Vozes, 1993; *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 1980; *Transcendência e inteligibilidade*. Lisboa: Edições 70, 1984.

vezes, na incansável perseguição a um processo justo e equo, depara-se com o total desequilíbrio das partes na relação jurídica processual, o que poderá causar sérios prejuízos ao princípio da igualdade de armas. É dever do órgão jurisdicional zelar pela igualdade de armas<sup>131</sup>.

A articulação da efetiva igualdade das partes – assegurada pelo juiz ao conferir igual chance de as partes dizerem e demonstrarem o que alegam – com a efetividade do contraditório manifesta a exigência de mecanismos “que possam compensar essa desigualdade congênita”, legitimando “maior atuação do órgão jurisdicional tanto no processo civil como no processo penal, uma vez que eventual atividade probatória *ex officio* não tem o condão, por si só, de ferir o direito fundamental ao juiz imparcial”<sup>132</sup>. Ademais, como teremos oportunidade de destacar quando da proposição de uma nova leitura do princípio dispositivo no direito processual previdenciário (veja-se item 2.3.3.3, *infra*), nenhuma das partes da relação jurídica processual “tem absoluta certeza sobre o resultado do meio de prova a ser realizado, muito menos o órgão jurisdicional possui essa certeza”<sup>133</sup>.

O juiz de Montesquieu, porém, preso ao epíteto de “boca da lei”, apenas “diz”, não “faz”<sup>134</sup>.

#### 2.1.3.5 - Parcialidade positiva como caminho à verdade na aplicação do direito previdenciário

Ninguém mais do que o magistrado tem o discernimento dos elementos de prova que, no caso concreto, são aptos a lhe imprimir convicção acerca da existência dos fatos alegados pelo autor e cuja comprovação pode conduzi-lo à outorga da prestação previdenciária pretendida. Se ao final do processo o juiz tem a percepção de que se inclina a não reconhecer a ocorrência do fato constitutivo do direito sustentado na petição inicial, a rápida solução do litígio deixa de existir como anseio da parte autora, embora permaneça esta a sofrer os efeitos do tempo do processo por estar privada do bem de vida cuja satisfação persegue judicialmente. Se o processo previdenciário, justamente pela qualidade alimentar do direito em discussão, contemplava até então a primazia da celeridade, a constatação do possível naufrágio da pretensão previdenciária deve levar à desaceleração, abrindo-se espaço para a realização de diligências que poderão mudar a sorte processual do hipossuficiente.

A presumível debilidade econômica do segurado ou dependente e, bem assim, a natureza relativamente indisponível do direito que se pretende fazer valer no processo previdenciário criam condições para a procura da verdade material, razão pela qual o juiz previdenciário não se encontrará limitado ao conjunto pro-

131 SOUZA, Artur César. A “parcialidade positiva” do juiz..., p. 138.

132 *Idem. Ibidem*, p. 139.

133 *Idem. Ibidem*.

134 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito material e processo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre. n. 321. p. 7-27, p. 26, jul. 2004.

batório carreado aos autos pelas partes e tampouco à matéria de fato por elas levantada (CPC/1973, art. 131).

Como ensina Marcus Orione, na defesa dos direitos sociais, o juiz

[...] deve atuar sabendo que, como cidadão, a sua participação pode, em diversos casos, provocar, ainda mais, o aumento dos excluídos do processo democrático. Dentro desse contexto, pede-se um juiz que, muitas das vezes, não conseguimos vislumbrar capaz de existir. A postura tradicional, do juiz não envolvido e passivo, como mero convidado de pedra do processo, não é mais tolerável.<sup>135</sup>

Note-se que também sob a égide do Novo CPC, “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito” (CPC/2015, art. 370).

Mais do que traduzir uma elogiável postura processual, a participação ativa do juiz no processo previdenciário significa a ruptura com um método que foi considerado exemplar para as ciências da natureza. Devemos lembrar, neste particular, que a observação neutra do resultado do experimento não é mais absoluta nem mesmo no âmbito das ciências naturais. O método positivista, tal como sustenta Michael Löwy, traduz a manifestação de ideologia conservadora tendente a manter a estabilidade da ordem social que, em nossa repulsiva realidade de extremas desigualdades e banalizada injustiça social, é tudo que não se deseja.

Os objetivos constitucionais fundamentais de erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e defesa intransigente da dignidade da pessoa humana devem inspirar toda atuação judicial na aplicação dos direitos sociais e no âmbito da justiça previdenciária, mais especialmente.

## 2.2 - PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE DA TUTELA PREVIDENCIÁRIA

Quando Alfred Ruprecht considerou o princípio da imediatidade como um dos fundamentais valores da seguridade social, levava em consideração seu principal objetivo: remediar ou ajudar a superar situações que a serem produzidas por contingências sociais criam problemas ao indivíduo. Para que o socorro seja verdadeiramente efetivo é preciso que a ajuda se realize imediatamente, em tempo oportuno, pois do contrário perderia todo seu valor. Se a resposta não for imediata, a missão da Seguridade é cumprida de forma deficiente<sup>136</sup>.

Sobre o direito constitucional a um processo célere, a lição de Marinoni que serviu para desmistificação do trânsito em julgado como condição para a satisfação antecipada dos efeitos da tutela jurisdicional em nosso direito processual não perde a importância, sendo renovada nestes termos:

135 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2002. p. 83.

136 RUPRECHT, Alfredo J. *Derecho de la seguridad social*. Buenos Aires: Zavalia, 1995. p. 81.

[...] não é preciso dizer que a demora do processo jurisdicional sempre foi um entrave para a efetividade do direito de acesso à justiça. Sim, já que não tem sentido que o Estado profira a justiça de mão própria, mas não confira ao cidadão um meio adequado e tempestivo para a solução de seus conflitos. Se o tempo do processo, por si só, configura um prejuízo à parte que tem razão, é certo que quanto mais demorado for o processo civil mais ele prejudicará alguns e interessará a outros. Seria ingenuidade inadmissível imaginar que a demora do processo não beneficia justamente aqueles que não têm interesse no cumprimento das normas legais.<sup>137</sup>

Em função do direito material que se destina a tutelar, o processo previdenciário deve ser especialmente célere. Afinal, “determinadas situações, ou certos direitos, exigem uma resposta jurisdicional que confira imediatamente o bem da vida procurado pela parte”, de modo que “não há como não admitir, para esses casos, uma limitação do contraditório, concebendo-se um julgamento baseado em alegações e provas que sejam compatíveis com a urgência que legitima a tutela, pospondo-se a forma plena do contraditório”<sup>138</sup>.

O processo previdenciário deve ser célere quanto possível, mas deve tardar tanto quanto necessário. Ao dizer que “o processo deve ser célere na medida do possível e tardar o necessário”, reafirma-se a ideia de que a demora necessária para mais aprofundada cognição das circunstâncias relativas ao problema de vida representado nos autos (busca da verdade real) é um componente indispensável a um processo previdenciário efetivo. Essa afirmação não se presta a comprometer a adoção de técnicas de realização antecipada do direito, ao contrário, justifica-as. A ênfase é no sentido de que a decisão judicial previdenciária tem um efeito singularmente maléfico quando, embora formalmente incensurável, afigura-se desviada da realidade. Mas a demora para a outorga do benefício prolonga uma condição altamente indesejável.

Quando analisamos o direito constitucional a uma proteção social adequada, sustentamos que a atuação dos arranjos institucionais deve ser imediata, no sentido de que deve realizar o programa social de modo tão célere quanto possível<sup>139</sup>. Essa é uma condição inafastável para se minimizar o sofrimento do segurado ou do dependente que, necessitando e fazendo jus a uma prestação previdenciária, encontra-se destituído de recursos materiais para prover sua subsistência de modo digno (um estado de carência ou de privações irreversíveis). A ideia que deve presidir o processo judicial previdenciário é a de que os beneficiários não podem esperar.

A exigência de proteção adequada ou integral hospeda a imposição de que a função jurisdicional se desenvolva de modo a assegurar o direito material em todo o seu significado e extensão. Para tanto, deve satisfazer o direito de proteção social

137 MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Síntese*, Porto Alegre, v. 37, p. 37-64, 2002. p. 38.

138 *Idem. Ibidem*, p. 48.

139 SAVARIS, José Antonio. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, LTr, n. 326, p. 5-16, jan. 2008.

de modo tão célere quanto possível, fazendo coincidir a cobertura social com o imediato momento em que surge a necessidade – e o respectivo direito<sup>140</sup>. Em outras palavras, é necessário que “o resultado do processo judicial corresponda, o máximo possível, à atuação espontânea do ordenamento jurídico”, aproximando-se, deste modo, do efeito que manifestaria a satisfação espontânea (imediate) do direito<sup>141</sup>.

Segue daí a relevância em se adotar estratégias constitucionais para se alcançar um processo realmente efetivo, tal como exemplarmente o faz o Tribunal Regional Federal da 4ª Região quando determina, com apoio nas normas do art. 475-I, e do art. 461 do CPC, o cumprimento imediato do acórdão quanto à obrigação de implantar o benefício<sup>142</sup>:

Determina-se o cumprimento imediato do acórdão naquilo que se refere à obrigação de implementar o benefício, por se tratar de decisão de eficácia mandamental que deverá ser efetivada mediante as atividades de cumprimento da sentença *stricto sensu* previstas no art. 461 do CPC, sem a necessidade de um processo executivo autônomo (*sine intervallo*). (TRF4 – AC 2009.70.99.001200-6 – Sexta Turma – Rel. João Batista Pinto Silveira, DE 07.07.2009)

Em função da recente orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que devem ser devolvidos os valores recebidos por força de tutela provisória posteriormente revogada<sup>143</sup>, pode-se cogitar a inviabilidade de concessão de tutelas de urgência em matéria previdenciária. Isso porque a falta de condições de restituição por parte dos beneficiários da previdência social implicaria um perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão e, portanto, óbice legal à concessão da tutela provisória de urgência. (CPC/2015, art. 300, § 3º).

O raciocínio não se justifica, pois irreversíveis seriam os efeitos da decisão se, em caso de sua revogação, desobrigado estivesse o beneficiário de devolver ao INSS os valores que recebera por força de tutela provisória de urgência. Com o novo entendimento deste Tribunal Superior, que passou a admitir a devolução dos valores recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada, a carga de irreversibilidade da decisão é acentuadamente menor. Ou não há menos perigo de irreversibilidade no pagamento de valores que devem ser devolvidos, quando comparado ao pagamento de valores que não serão jamais objeto de devolução?

140 Quando o indivíduo faz jus à proteção social em momento anterior ao ajuizamento da ação, a realização da cobertura social vinculada ao momento em que nasce o direito à proteção social somente é possível de modo retroativo. Quando o direito nasce no curso da demanda, pelo que se considera fato superveniente (cumprimento superveniente dos pressupostos legais à outorga da proteção social), a exigência de imediatidade pode ser atendida de modo aperfeiçoado (tanto quanto o é a outorga da proteção na via administrativa), pois então é possível fazer coincidir no tempo, o nascimento do direito e a sua satisfação.

141 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: RT, 1999. p. 55.

142 Os arts. 497 e 513 do Novo CPC disciplinam atualmente o cumprimento da sentença que reconhece a obrigação de fazer.

143 REsp 1401560/MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, Primeira Seção, j. 12.02.2014, Dje 13.10.2015. Sobre o tema, veja-se o item 9.4.1 *infra*.



De outro lado, a restrição legal de concessão de tutelas de urgência não pode se impor ao direito fundamental de acesso justiça, quando compreendido desde uma perspectiva da proteção do mínimo existencial, que se materializada com o pagamento provisório de valores destinados à subsistência do beneficiário da previdência social.

A irrestrita observância da norma que veda a concessão de tutela de urgência no caso de perigo de irreversibilidade implica, em matéria previdenciária, denegação de justiça e violação do direito fundamental a uma ordem jurídica justa, eficaz e tempestiva, pois restaria aos beneficiários da previdência sofrerem o dano da ausência de condições de subsistência, gerado pelo retardamento na satisfação do direito alegado.

Voltaremos a este tema no capítulo “10”, quando analisarmos a concessão de tutela de urgência em matéria da seguridade social, na ótica própria de um direito material que exige especial urgência em sua satisfação.

## **2.3 - PRINCÍPIO DO ACERTAMENTO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE PROTEÇÃO SOCIAL**

De acordo com o princípio do acertamento da relação jurídica de proteção social, na tarefa de solução do problema concreto que lhe é apresentado, a função jurisdicional deve decidir sobre a existência do direito de proteção previdenciária reivindicado e, se for o caso, concedê-lo nos estritos termos a que o beneficiário faz jus<sup>144</sup>.

Embora tal asserção pareça curial, o princípio do acertamento consubstancia elevada conquista em termos de efetivação dos direitos fundamentais de proteção social, devendo, por imperativos normativos adiante explicitados, prevalecer sobre a concepção que tradicionalmente orienta o exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos: a concepção da função jurisdicional de controle da legalidade do ato administrativo.

### **2.3.1 - A concepção da função jurisdicional de controle da legalidade do ato administrativo**

Há uma difundida concepção de função jurisdicional de que a tutela dos direitos subjetivos em face do Poder Público passa necessária e exclusivamente pelo controle da legalidade dos atos administrativos.

---

<sup>144</sup> Adiante-se, desde logo, mais precisamente: a função jurisdicional dos direitos fundamentais de proteção social não deve olhar com proeminência para o ato do Poder Público que se contrapõe ao direito pleiteado pelo particular ou para o modo como restou formalizada a tutela administrativa. Antes, por uma questão de respeito aos direitos fundamentais, a jurisdição de proteção social deve devotar-se ao acertamento da relação jurídica, o que implica investigar o que realmente importa: se o direito social pretendido existe e qual sua real extensão. Na perspectiva do *acertamento*, desde que prestada a tutela administrativa, abre-se espaço para a atuação jurisdicional de definição da relação jurídica de proteção social.

De um certo modo, essa tradicional maneira de visualizar a função jurisdicional deriva de uma percepção restritiva do *judicial review*<sup>145</sup>. Ela pressupõe que a atuação judicial se opera tão somente em uma dimensão revisora na qual o reconhecimento do direito alegado é condicionado à invalidação do ato estatal que lhe é contraposto.

Segundo esse entendimento, em se tratando de pretensão judicialmente deduzida contra o Poder Público, a satisfação do direito material reivindicado está condicionada ao reconhecimento da ilegitimidade do ato derivado da função administrativa<sup>146</sup>. Desde esse ângulo, não apenas o controle jurisdicional se operaria, necessariamente, a partir da violação de direitos por abuso ou erro administrativo na aplicação da lei, mas a satisfação dos direitos do indivíduo seria produto ou consequência da invalidação do ato administrativo<sup>147</sup>.

Ora, a vinculação do direito à invalidação da ação administrativa apenas tem sentido – e isso é capital – em uma concepção de Estado de Direito exclusivamente preocupada com a liberdade jurídica, a qual “tinha uma orientação de bloqueio – interpretação de bloqueio – conforme princípios de legalidade e estrita legalidade como peças fundantes da constitucionalidade”<sup>148</sup>.

Esse pensamento acarreta elevado grau de irracionalidade jurídica quando aplicado à jurisdição de proteção social, pois a emergência do constitucionalismo social faz necessário superar a “hermenêutica de bloqueio para a hermenêutica de ‘legitimação de aspirações sociais’”<sup>149</sup>.

145 Fundada na supremacia da Constituição, a doutrina do *judicial review* legitimou o controle judicial de constitucionalidade dos atos governamentais, conferindo ao Judiciário o poder de invalidar os atos normativos ou com força de lei que contrariem o sentido da Constituição.

146 Neste sentido: “Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas. Os conflitos tomam, então, a forma de pleitos judiciais, estabelecendo-se o debate em torno da situação jurídica, de modo que seja possível esclarecer, definir e precisar com quem se acha a razão. Se com o Estado, negando direitos do administrado ou dele exigindo prestações, se com o próprio administrado, quando pede o reconhecimento de direitos, ou se revela insumisso, alegando ilegalidade no procedimento administrativo” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 133) - destacamos.

147 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 135.

148 CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário. Um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 45-46. É certo, por exemplo, que a defesa contra uma determinada penalidade administrativa pressupõe a invalidação do ato que lhe dá suporte, assim como a declaração de inexistência de relação jurídica tributária depende do reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade da exação.

149 CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário. Um enquadramento teórico, p. 46. Neste mesmo sentido o relevante aporte de Ferrajoli: “As garantias mais não são do que técnicas criadas pelo ordenamento para reduzir a divergência estrutural entre normatividade e efetividade, e, portanto, o para realizar a máxima efetividade dos direitos fundamentais em coerência com a sua estatuição constitucional. Refletem por isso a diversa estrutura dos direitos fundamentais para cuja tutela ou satisfação são criadas: as *garantias liberais*, sendo destinadas a assegurar a tutela dos direitos de liberdade, consistem essencialmente em técnicas de invalidação ou de anulação dos atos (*provvedimenti*) proibidos que os violam; as *garantias sociais*, sendo destinadas a assegurar a tutela dos direitos sociais, consistem antes em técnicas de coerção e/ou de sanção

A concepção de função jurisdicional enquanto *estrita revisão judicial da legalidade do ato administrativo* reduz, de modo inaceitável, o dever jurisdicional de proteção e de realização dos direitos fundamentais sociais. A tutela dos direitos fundamentais, como se verá a seguir, exige mais da função jurisdicional do que o exame de submissão do ato administrativo à legalidade. Dada a força vinculante dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, a função jurisdicional deve ser identificada fundamentalmente como modalidade de proteção jurídica assegurada pelo Estado à efetiva realização desses direitos de superior dignidade<sup>150</sup>.

### 2.3.1.1 - O problema do direito superveniente à tutela administrativa

A inadequação da função jurisdicional restrita à *revisão judicial da legalidade do ato administrativo* pode ser observada mediante análise de problemas que diuturnamente são objeto da jurisdição de proteção social.

Imagine-se hipótese em que a pessoa teve indeferido benefício previdenciário na esfera administrativa ao fundamento de ausência de incapacidade para o trabalho<sup>151</sup>. Três anos depois, ela ingressa em juízo requerendo a concessão do benefício em questão com efeitos retroativos à data do requerimento administrativo, ao argumento de que desde então fazia jus à prestação previdenciária reivindicada<sup>152</sup>. A prova pericial aponta para a existência da incapacidade para o trabalho, mas nega que ao tempo do requerimento administrativo a parte se encontrava nessa condição, fixando a data do início da incapacidade para seis meses após a negativa da tutela administrativa (dois anos e meio antes do ajuizamento da ação judicial, portanto).

Em uma tal situação, a concepção da função jurisdicional enquanto *estrita revisão judicial da legalidade do ato administrativo* recomendaria a rejeição do pedido de proteção previdenciária, ao fundamento de que o ato administrativo denegatório revela-se juridicamente incensurável. Isso está a demonstrar que, se condicionada à ilegalidade do ato administrativo, a outorga judicial de proteção social oferece um resultado injusto, propiciando denegação de proteção social à pessoa necessitada, embora evidenciada a existência do direito.

---

contra a omissão das medidas que os satisfazem” (FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias, p. 100).

150 É necessário reconhecer os direitos fundamentais dos cidadãos como vínculos funcionais que condicionam a validade jurídica da inteira atividade do Estado (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 833).

151 Seria igualmente adequado à análise um problema ligado à concessão do benefício de prestação continuada da assistência social, disposto pela Lei 8.742/93.

152 Embora correndo o risco de simplificar demasiadamente a temática, para fins didáticos e especialmente para o desenvolvimento da argumentação, pode-se considerar que um benefício previdenciário é geralmente devido desde a data do requerimento administrativo. É certo que a legislação regente veicula diversas disposições sobre o início do gozo da cobertura previdenciária. Mas é igualmente correto afirmar que o sistema normativo consagra uma lógica subsidiária segundo a qual os benefícios são devidos, em regra, a partir do requerimento administrativo (v.g., Lei 8.213/91, arts. 43, 49 e 60).

Essa concepção de função jurisdicional não oferece, portanto, resposta satisfatória à questão do direito de proteção social superveniente à tutela administrativa. Por conseguinte, não é adequada para assegurar o direito fundamental ao processo justo ou para a devida realização de direito fundamental social.

### 2.3.2 - A concepção da função jurisdicional de controle do ato administrativo a partir de uma perspectiva de efetividade processual

Se o insumo teórico adotado culmina por oferecer um resultado processual inaceitável, seja por iludir o direito fundamental à adequada prestação jurisdicional, seja por desconsiderar a eficácia vinculante do direito fundamental social, é necessário encontrar uma distinta base de partida que não deságue em uma incoerência de tal grau.

Um caminho de fuga dessa irracionalidade pode ser identificado nas considerações feitas em nome de princípios como da economia e da instrumentalidade processual que culminam por reconhecer, ainda que parcialmente, a existência do direito à proteção social. Colocando ênfase sobre os resultados esperados de um processo judicial, essa perspectiva de teor pragmático *considera a ação judicial, por ficção, um novo requerimento administrativo* – ou, mais apropriadamente, uma nova postulação em face do Estado.

Trata-se de perspectiva que, ainda se movendo no paradigma da *revisão da legalidade do ato administrativo*, distancia-se da concepção da função jurisdicional enquanto *estrita revisão judicial da legalidade do ato administrativo*, na medida em que reconhece a possibilidade de convivência entre a satisfação do direito e a legalidade do ato administrativo<sup>153</sup>.

Com esse artifício orientado às exigências de efetividade processual, já não mais se estaria a perquirir exclusivamente sobre a legalidade do ato administrativo que originariamente indeferiu o requerimento de benefício da seguridade social, viabilizando-se o reconhecimento de direito superveniente à tutela administrativa. Com isso torna-se possível a outorga de proteção judicial em juízo mesmo para os casos em que o ato administrativo de indeferimento é reputado legítimo.

Essa saída de conveniência, contudo, não atende às exigências levantadas pela justiça de proteção social, pois, como se passa a demonstrar, ela não impede o sacrifício de parcela de direitos fundamentais, revelando-se inapta à sua efetivação, portanto.

Com efeito, para o caso exposto anteriormente, o *pensamento pragmático da função jurisdicional com vistas à sua efetividade* recusaria tornar inócuo ou irracional o resultado da prestação jurisdicional, a ponto de negar a satisfação de direito fundamental social a quem inegavelmente dele faz jus.

153 Observe-se que a concepção da função jurisdicional enquanto *revisão da legalidade do ato administrativo* desdobra-se nas correntes da *estrita revisão judicial da legalidade* e do *controle do ato administrativo a partir de uma perspectiva de efetividade processual*.

Mas, ao justificar o reconhecimento do direito fundamental social pela *ficção da ação judicial como novo requerimento administrativo*, esse caminho de fuga não logra realizar a proteção previdenciária em sua devida extensão, por uma singela razão: embora indique o reconhecimento do direito ao recebimento do benefício previdenciário, porque verificado o cumprimento dos requisitos para a proteção social pleiteada, fixa o termo inicial do benefício na data do ajuizamento da ação.

Com efeito, levando em consideração a lógica de que os benefícios previdenciários são, em regra, devidos a partir do requerimento administrativo, o pensamento fundado na *ficção da ação judicial como novo requerimento administrativo* indicaria como solução adequada, assim, o acolhimento parcial do pedido inicial. O ajuizamento da ação seria considerado, nessa perspectiva, como novo requerimento administrativo e, portanto, um novo marco legal determinador do início da concessão do benefício. E essa lógica seria a mesma para todas as hipóteses em que o nascimento do direito de proteção social ocorrer entre o momento da resposta administrativa e o do ajuizamento da respectiva ação judicial.

Anote-se, quanto ao tema, que o mais recente posicionamento da TNU é no sentido de que, se a incapacidade surgir posteriormente ao requerimento administrativo, o termo inicial do benefício por incapacidade concedido judicialmente deverá ser fixado na data da citação do INSS, quando colocado em mora quanto à cobertura desse contingência social (PEDILEF 50030214920124047009, Rel. Juiz Federal Frederico Koehler, DOU 13.11.2015)<sup>154</sup>.

Isso implica desconsiderar, porém, a injusta privação de recursos materiais para subsistência em relação ao interregno compreendido entre o momento em que foram atendidos todos os pressupostos para a concessão do benefício e a data do ajuizamento da ação<sup>155</sup>. Esse vazio de proteção social, consistente na ausência de realização do direito à proteção em sua integral extensão, revela a incorreção desse pensamento pragmático.

Essa concepção tem o mérito de oferecer alternativa às irracionalidades da função jurisdicional enquanto *estrita revisão judicial da legalidade do ato administrativo*, mas tampouco se presta como idôneo instrumento de concretização do direito a uma adequada tutela jurisdicional ou como princípio processual de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Essa concepção pragmática parece conferir prioridade à necessidade de resultados úteis para o processo judicial (utilidade ou efetividade do processo judi-

154 A fixação do termo inicial se deu na data da citação porque foi levado em consideração o entendimento do STJ, firmado de acordo com a sistemática de representativo de controvérsia, de que “A citação válida informa o litígio, constitui em mora a autarquia previdenciária federal e deve ser considerada como termo inicial para a implantação da aposentadoria por invalidez concedida na via judicial quando ausente a prévia postulação administrativa”. (REsp 1369165/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 26.02.2014, DJe 07.03.2014)

155 No caso objeto de consideração, percebe-se, a fórmula pragmática da *ficção da ação judicial como novo requerimento administrativo* conduziria à recusa de proteção social previdenciária pelo período de dois anos e meio (período de tempo compreendido entre a data do início da incapacidade, considerada judicialmente, e a data do ajuizamento da ação judicial).

cial) e não à maximização dos direitos fundamentais. Inadequadamente, confere proeminência ao instrumento de realização do direito material (processo) e não ao direito material em si. É por isso que não tolera o formalismo radical que conduz à negativa judicial de proteção social à pessoa que comprovadamente faz jus. E é também por isso que, nada obstante, considera aceitável o sacrifício de parcelas constitutivas do todo que é um determinado direito de proteção social, banalizando, portanto, violações de direito fundamental.

A constatada ineficácia processual para a satisfação dos direitos fundamentais sociais, tanto quanto a ausência de uma diretriz que resolva de modo congruente o problema do direito superveniente à tutela administrativa, já demonstra a importância da identificação de princípio processual que assegure o direito a um processo justo, atendendo à exigência de realização dos direitos fundamentais de proteção social<sup>156</sup>.

### 2.3.3 - A concepção da função jurisdicional de acerto da relação jurídica de proteção social

A limitação da função jurisdicional à *revisão da estrita legalidade do ato administrativo* reduz a possibilidade de realização do direito à seguridade social, pois a precedência não é posta na avaliação da existência ou não do direito material reivindicado, mas na análise da correspondência do ato administrativo à legalidade.

Tampouco a pragmática *ficção da ação judicial como novo requerimento administrativo* atende integralmente às exigências do direito fundamental ao processo justo em sua dimensão realizadora dos direitos fundamentais sociais, pois com ela não se compromete.

A presente seção destina-se a demonstrar que a resposta processual adequada aos problemas da jurisdição de proteção social repousa fundamentalmente no *princípio da primazia da função jurisdicional de acerto da relação jurídica de proteção social* doravante denominado *princípio da primazia do acerto*.

Assumindo a premissa de que as sentenças manifestam eficácias distintas onde uma delas se mostra preponderante, alcança-se o pensamento de que qualquer que seja a eficácia preponderante da decisão, sempre se encontrará um elemento declarativo que define a existência – ou não – da relação jurídica que atribui à parte o direito discutido<sup>157</sup>.

Uma determinada carga de declaração é, com efeito, elemento constitutivo de toda sentença<sup>158</sup>. Esse componente declarativo corresponde ao que Chiovenda

156 Afinal, “A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional, e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. Curso de Processo Civil, v. 1, p. 119).

157 MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1972. tomo I. § 26. p. 124.

158 Nas palavras de Chiovenda, “Essa reformulação se encontra (já o vimos) também nas sentenças que ordenam ao réu realizar uma prestação a favor do autor (sentenças de condenação). São,



denominava *accertamento* e no qual o mestre italiano via a mais “elevada função” do processo<sup>159</sup>.

Encontra-se na criação da certeza jurídica mediante o acertamento da relação jurídica de proteção social a primordial finalidade da função jurisdicional dos direitos fundamentais sociais – e não na revisão do controle da legalidade do ato administrativo.

Por essa razão é que a função jurisdicional de acertamento ou definição da relação jurídica de proteção social tem prioridade ou precedência sobre a função jurisdicional enquanto revisão judicial da legalidade do ato administrativo.

Correspondendo às exigências do direito fundamental à adequada tutela jurisdicional e constituindo idôneo instrumento de efetivação dos direitos fundamentais sociais, essa relação de precedência (do acertamento da relação jurídica sobre o controle da legalidade) revela-se como genuíno princípio processual das ações em que se busca proteção social.

Segundo o *princípio da primazia do acertamento*, o que realmente importa é a definição da relação jurídica de proteção social. Para tanto, deve-se perquirir sobre a eventual existência de direito e determinar sua realização nos precisos termos a que a pessoa faz jus. Essa perspectiva não admite o sacrifício de direito de proteção social, daí porque considerar inaceitável sua mutilação mediante supressão de parcelas que o constituem.

De acordo com a *primazia do acertamento*, é insustentável a recusa judicial de satisfação de direito fundamental ao argumento de que o ato administrativo indeferitório se encontra em consonância com a legalidade. Muito mais do que realizar o controle da legalidade do ato administrativo, o exercício da função jurisdicional deve comprometer-se com o acertamento da relação jurídica de proteção social e, por consequência, com a integral defesa, promoção e realização desses direitos fundamentais.

Deve-se atentar que, na perspectiva da efetivação dos direitos fundamentais de proteção social, as duas modalidades de tutela (administrativa e jurisdicional) não são dicotomicamente antagônicas, mas se encontram num *continuum* voltado à mais efetiva proteção jurídica desses direitos pelos poderes públicos<sup>160</sup>.

---

por consequência, *também e antes de tudo*, sentenças declaratórias [*mero accertamento*], nas quais a declaração judicial do direito exerce dupla função, a de criar a certeza jurídica e a de preparar a execução” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 260).

159 Esse elemento declarativo constitui o aspecto “mais requintado de puro instrumento de integração e especialização da vontade que é expressa na lei somente em forma geral e abstrata; de facilitação da vida social mediante a eliminação das dúvidas que embaraçam o desenvolvimento normal das relações jurídicas” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 260-261).

160 Ambas consubstanciam modalidades de garantias institucionais, isto é, mecanismos de tutela dos direitos que são confiados a instituições ou poderes públicos. As garantias institucionais podem ser distinguidas entre garantias políticas, confiadas aos poderes políticos, como o Parlamento e a Administração Pública, e as garantias jurisdicionais (ABRAMOVITCH, Victor; COURTIS, Christian. *El umbral de la ciudadanía: El significado de los derechos sociales en el Estado*



A ênfase colocada no dever institucional de satisfação dos direitos de proteção social pelas funções estatais conduz-nos a perceber a garantia de uma dupla instância de efetivação desses direitos. A primeira instância se encontra a cargo das funções legislativa e executiva (administrativa) que, para os específicos propósitos desse texto, se encontra na tutela administrativa (análise administrativa da existência do direito). A instância administrativa tem como marca a provisoriidade, passível que é de ser revisada ou substituída pela atividade jurisdicional, que corresponde à segunda instância de efetivação, de caráter supletivo e que traz como nota fundamental a definitividade<sup>161</sup>.

Mediante o fundamento da vinculação institucional aos direitos fundamentais sociais, o *princípio da primazia do acertamento* propõe-se a oferecer resultados aderentes às exigências dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no caso concreto.

Percebe-se, assim, a necessidade de superação da concepção consoante a qual a satisfação judicial do direito fundamental à proteção social está condicionada à ilegalidade do ato administrativo. Constituem questão de menor importância os motivos pelos quais determinado direito não foi reconhecido na esfera administrativa<sup>162</sup>. Uma vez provocada a tutela administrativa, a recusa de proteção abre espaço para que se busque o acertamento mediante intervenção jurisdicional. Em juízo, identificada a existência de direito fundamental social, o *princípio da primazia do acertamento* impõe sua satisfação em toda amplitude, isto é, conduz à definição da relação jurídica de proteção social, mediante a outorga da prestação devida

---

social constitucional, p. 66). A relação jurídica de proteção social tem na esfera administrativa uma primeira arena de tutela do direito fundamental, sempre sujeita ao acertamento judicial, que é de caráter definitivo. Esclareça-se que a antecedência da tutela administrativa aqui destacada para demonstrar as premissas em que se fundamenta a perspectiva do acertamento judicial de proteção social não se relaciona com a temática da justiciabilidade dos direitos sociais e a consequente possibilidade, que se assume de modo expreso, de se buscar judicialmente a realização de direitos sociais não disciplinados satisfatoriamente pelas instâncias políticas.

161 Aproxima-se dessa concepção a diferenciação entre garantias institucionais primárias, destinadas a especificar o conteúdo dos direitos, estabelecendo as obrigações e responsabilidades pertinentes (em geral a cargo dos poderes políticos), e as garantias institucionais secundárias (em geral as garantias jurisdicionais), destinadas a operar em caso de descumprimento de quem tinha a seu cargo o respeito, proteção ou satisfação do direito (ABRAMOVITCH, Victor; COURTIS, Christian. *El umbral de la ciudadanía: El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, p. 66).

162 Com essa asserção não se pretende negar, em termos absolutos, a teoria dos motivos determinantes em matéria de seguridade social. O tema comporta interessante estudo que extrapolaria o objeto da presente investigação. O que se busca expressar, desde logo, é que em se tratando de direitos fundamentais sociais, a função jurisdicional deve voltar-se para a situação jurídica do interessado à proteção social *vis-à-vis* o direito que pretende. De todo modo, assume-se que em se tratando de direitos de proteção social, a perspectiva do acertamento não vincula o Poder Judiciário às razões que levaram a Administração Pública a recusar determinada pretensão. Assim é que, por exemplo, se administrativamente é negado o fornecimento de medicamento por não estar incluído na lista RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), a superação desse óbice em juízo não assegura, por si só, o acolhimento judicial da pretensão, pois outros pressupostos são exigidos na análise do direito em questão, como a necessidade, a eficácia da prescrição médica e a ausência de medicamento similar incluído em lista que produza idênticos resultados.

nos estritos termos a que a pessoa faz jus. Isso significa tratar com seriedade todas as parcelas constitutivas do direito fundamental que se encontra em discussão e, em última análise, significa levar a sério uma Constituição que consagra direitos sociais.

A conclusão a que se chega a partir da *primazia do acertamento* é a de que o direito à proteção social, particularmente nas ações concernentes aos direitos prescricionais de conteúdo patrimonial, deve ser concedido na exata expressão a que a pessoa faz jus e com efeitos financeiros retroativos ao preciso momento em que se deu o nascimento do direito - observado o direito ao benefício mais vantajoso, que pode estar vinculado a momento posterior<sup>163</sup>.

Já é possível deduzir, assim, que o *princípio da primazia do acertamento* oferece ao problema anteriormente explorado a seguinte resposta: é devida a outorga da proteção social com efeitos retroativos ao momento em que foram aperfeiçoados os pressupostos legais para sua concessão (quando se instaurou o conteúdo obrigacional), ainda que esta circunstância tenha ocorrido posteriormente ao término da tutela administrativa.

No diagrama da *primazia do acertamento*, o reconhecimento do fato superveniente prescinde da norma extraída do art. 493 do CPC/2015 (CPC/1973, art. 462), pois o *acertamento* determina que a prestação jurisdicional componha a lide de proteção social como ela se apresenta no momento da sua entrega. Por outro lado, é menor o alcance dessa norma processual civil, pois faz referência a fatos supervenientes à propositura da ação - e não a fatos supervenientes ao encerramento da tutela administrativa (momento anterior).

Justificada a aplicação do *princípio da primazia do acertamento* às questões ligadas ao direito superveniente à tutela administrativa, torna-se importante expressar, ainda quanto a essa temática, um importante desdobramento lógico: o poder/dever de acertamento da relação jurídica de proteção social levando-se em consideração fato superveniente à tutela administrativa - chamados à existência antes ou depois do ajuizamento da ação - tem espaço igualmente em relação a outras prestações da seguridade social, como as aposentadorias espontâneas (aposentadoria por idade, especial e por tempo de contribuição)<sup>164</sup>.

163 Guarda inteira pertinência, nesse contexto, a noção de instrumentalismo justo, segundo o qual "A instrumentalidade dá um passo para além da preocupação de dar efetividade às garantias processuais de acesso ao Judiciário. Vai interessar o próprio conteúdo material e substancial garantidos constitucionalmente ao cidadão. Só tem sentido um processo informal nas mãos de juristas preocupados com transformações radicais da sociedade. Pelo princípio da instrumentalidade, o sistema abre a porta do Estado para que, pela via do Poder Judiciário, o cidadão veja implementadas as conquistas sociais tais como previstas na Constituição". (PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52).

164 Exatamente neste sentido: "1. O princípio processual previdenciário da primazia do acertamento da relação jurídica de proteção social sobre a estrita legalidade do ato administrativo orienta que a atividade jurisdicional destina-se primordialmente à definição da relação jurídica entre o particular e a Administração Previdenciária e, por tal razão, deve outorgar a proteção previdenciária nos termos em que a pessoa a ela faz jus, independentemente de como tenha se desenvolvido o processo administrativo correspondente. Em outras palavras, a análise judicial deve voltar-se, com prioridade, para a existência ou não do direito material reivindicado. 2. É

A única ressalva é a de que as aposentadorias espontâneas orientam-se pelo princípio da proteção social mais efetiva em uma perspectiva de que é direito do segurado optar pelo benefício mais vantajoso. Compreendendo-se o direito à cobertura mais benéfica como elemento constitutivo da relação de proteção, conclui-se que deve o juiz garantir ao segurado a faculdade de entrar em gozo de benefício em um determinado marco temporal (quando nascido o direito), desde quando pode ser identificado o momento que atribui a prestação mais eficaz ou vantajosa.

### 2.3.3.1 - Alegações inéditas em juízo e o problema do interesse de agir

Demonstrou-se acima a insuficiência do paradigma da função jurisdicional de controle do ato administrativo – quer em sua versão radical, quer em sua versão pragmática – e de como se revela inaceitável essa concepção de função jurisdicional na medida em que constitui o insumo teórico de decisões judiciais sonegadas de direitos fundamentais sociais.

De outra parte, a formulação do princípio da *primazia do accertamento* foi justificada na força vinculante dos direitos fundamentais, do direito à tutela jurisdicional adequada, inclusive. Foi ainda demonstrado que a aplicação desse princípio leva à plena efetivação dos direitos de proteção social porque reverencia a especificidade da lide em que se discute a satisfação desses direitos, alcançando resultados compatíveis com a exigência de máxima proteção dos direitos fundamentais.

Nesta seção pretende-se analisar outro problema da jurisdição de proteção social que apenas é adequadamente solucionado na perspectiva da função jurisdicional de accertamento da relação jurídica de proteção social – e não, definitivamente, na perspectiva da função jurisdicional de controle do ato administrativo.

Resgatemos, antes, uma premissa fundamental: a função jurisdicional dos direitos fundamentais de proteção social não deve olhar com proeminência para o ato administrativo que se contrapõe ao direito pleiteado pelo particular. A ênfase não deve ser posta no controle do ato do Poder Público ou em como restou formalizada a tutela administrativa. Por uma questão de respeito aos direitos fundamentais, orientando-se por uma noção de justa medida de proteção social, as luzes devem ser direcionadas ao accertamento da relação jurídica, o que implica investigar o que realmente importa: se o direito social pretendido existe e qual sua real extensão.

Suponha-se pretensão judicial de concessão de benefício de aposentadoria que foi indeferido sob fundamento de insuficiência de tempo de contribuição. O conjunto probatório, enriquecido com elementos de prova que não constavam do processo administrativo, aponta para o fato de que o direito existia ao tempo em que foi pleiteado administrativamente. Suponha-se ainda que os elementos de prova apresentados apenas em juízo prestam-se a comprovar circunstância fática (al-

---

possível o cômputo de tempo superveniente ao processo administrativo para a solução judicial (...)''. (PEDILEF 0000474-53.2009.404.7195, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Rel. p/ Acórdão Juiz Federal José Antonio Savaris, D.E. 09.09.2011)

guns anos de trabalho em condição de assalariado informal, por exemplo) que não teria sido ventilada na esfera administrativa.

A ideia de que a função jurisdicional restringe-se ao controle da legalidade do ato administrativo pode conduzir ao pensamento de que, em uma situação como a exposta acima, não se encontra presente o interesse de agir. Seu fundamento é o de que, a rigor, a Administração Previdenciária, quando da análise do requerimento administrativo, não recusou a contagem do tempo de contribuição alegado de modo inédito em juízo<sup>165</sup>.

A concepção da *função jurisdicional de estrito controle da legalidade do ato administrativo* pode, com efeito, hospedar o raciocínio de que a impugnação judicial de um ato administrativo – para quem ainda concebe que o que se busca em juízo é a invalidação do ato administrativo e não a tutela de direito fundamental – somente encontra lugar quando restrita aos termos em que formalizada a pretensão na via administrativa. O acesso à justiça estaria condicionado à existência de uma correlação entre as questões de fato e de direito debatidas previamente na esfera administrativa e aquelas submetidas à revisão do Judiciário.

Desde logo: a exigência de que todas as questões de fato sejam ventiladas e demonstradas na via administrativa, para que se tenha como satisfeita a condição de ação “interesse de agir”, despreza a assimetria informacional entre o INSS e os segurados ou dependentes que buscam a tutela administrativa, bem como o dever fundamental daquele, vinculado que está aos princípios constitucionais da legalidade, da publicidade, da eficiência e da moralidade (CF/88, art. 37, *caput*), em orientar seus beneficiários, participando ativamente do processo administrativo. O pensamento da limitação tutela jurisdicional previdenciária ao que foi estritamente analisado administrativamente estreita o campo de proteção judicial, chegando ao extremo de se oferecer uma antieconômica *judicial review* por tiras, pois somente seria admissível a análise judicial de fatos alegados e - ainda que insuficientemente - demonstrados na via administrativa. Essa concepção de “tutela jurisdicional fatiada” contrasta, ademais, com o ambiente social e histórico em que foram fundados os Juizados Especiais Federais, os quais se movem ou deveriam mover-se segundo uma tendência de expansão do acesso à justiça em relação ao desenho institucional anterior, e não o contrário.

Na perspectiva da *primazia do acerto*, como regra geral, desde que prestada a tutela administrativa e analisado o direito previdenciário reivindicado em juízo, abre-se espaço para a atuação jurisdicional de definição da relação jurídica de proteção social. Aqui, uma vez mais, invoca-se a relação de precedência do acerto da relação jurídica sobre o estrito controle da legalidade. O que importa é definir a relação jurídica de proteção social e não investigar se uma determinada circunstância fática foi ou não apreciada originariamente pela Administração

165 Em última análise, a Administração Previdenciária não considerou e nem recusou considerar esse tempo de contribuição – e talvez reconhecesse a circunstância fática caso lhe fossem apresentados os documentos. Afinal, o indeferimento da aposentadoria se deu levando em conta as informações constantes no sistema próprio da entidade previdenciária e eventuais outros documentos apresentados pelo segurado.

Pública. Os olhos devem voltar-se para a pessoa – presumivelmente destituída de recursos para subsistência – *vis-à-vis* o direito de proteção social que reivindica, de modo a afastar-se a crise de incerteza acerca da relação jurídica<sup>166</sup>. É necessário decidir a sorte de quem busca proteção social, antes de recusar a prestação jurisdicional ao argumento formalista de supressão da instância administrativa (argumento este que se presta, por vezes, como véu do propósito de desafogar a máquina judiciária)<sup>167</sup>.

Embora o *princípio da primazia do acertamento* constitua fundamento suficiente para a superação do óbice processual de falta de interesse de agir, deve-se reconhecer que sua conexão com outros princípios processuais fortalecem a argumentação<sup>168</sup>. Nesse sentido, parece evidente sua vinculação com o direito de acesso à justiça, com a lógica da primazia da realidade sobre a forma e com os princípios da economia, instrumentalidade e efetividade processuais<sup>169</sup>.

Com efeito, condicionar-se o acesso à justiça ao que restou formalizado no processo administrativo pode custar o alto preço de se ignorar uma realidade gritante e indesejada. Decisivamente, inexistente segurança de que o que restou *formalizado* no processo administrativo corresponde àquilo que *realmente* se passou em uma agência de atendimento da entidade previdenciária. Tampouco há certeza de que, em determinados casos, o segurado não chegou a afirmar uma determinada circunstância fática ou a apresentar determinado documento, o qual eventualmente pode ser sumariamente descartado e, por isso, sequer integrado aos autos do processo administrativo. Deve-se, porém, conferir primazia à realidade sobre a forma. Como resta *formalizado* o processo administrativo é uma coisa. O que se passa na *realidade*, de conhecimento notório, pode ser algo distinto. Ou não constitui objeto

166 O descompasso em tese entre o direito a que o segurado faz jus e o seu estado de fato, quando persistente após a prestação da tutela administrativa, caracteriza por si só a lesão de direito que justifica o acesso à justiça. Em outras palavras, “Quando ao direito a uma prestação deixa de corresponder o estado de fato, por não se haver satisfeito a prestação, diz-se lesado o direito” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 33).

167 Não será uma postura judicial comprometida com o direito fundamental à ação para realização de direito fundamental social que chamará à realidade o pesadelo em que o Judiciário se converte em verdadeiro “balcão do INSS”. É fundamentalmente a insuficiência na prestação da tutela administrativa que faz precipitar um volume extraordinário de demandas judiciais. Essa é uma questão estrutural que vitimiza os agentes públicos e segurados da Previdência Social. Trata-se de uma conveniente limitação estrutural, orientada pela lógica do custo-benefício. Essa lógica leva à redução de despesas sociais, mediante recusa de efetiva tutela institucional, quer pela falta de informações fundamentais para o exercício dos direitos de Previdência e Assistência Social, quer pela ausência de real espaço para contraditório e ampla defesa no que se chama “processo” administrativo, quer pelo reticente posicionamento institucional em relação às orientações pretorianas.

168 Com isso se presente demonstrar a maneira pela qual a *primazia do acertamento* se relaciona com outros princípios processuais, destacando também por esta ótica a sua pertinência ao sistema processual.

169 Importa, com efeito, tutelar o mais adequadamente possível o direito de proteção social, “fugindo-se do retardamento de ações cujo objeto tem tamanha relevância e urgência, e dando-se primazia, em última análise, aos direitos fundamentais que estão em jogo – direitos à saúde e à prestação jurisdicional célere” (TRF 4ª Região, AG 5017198-30.2011. 404.0000).

de conhecimento generalizado, por exemplo, a ainda presente recusa administrativa em formalizar requerimentos administrativos por suposta ausência de direito do segurado? Indaga-se, pois: como tomar como base para a rejeição sumária de direito fundamental um dado tão imperfeito como o processo administrativo que ainda temos? Como desconsiderar a inaceitável posição subalterna imposta ao cidadão pela máquina administrativa das mais autoritárias e burocráticas?

Agora observe-se: o Plenário do Supremo Tribunal Federal<sup>170</sup> expressou que, em se tratando de ações revisionais de benefício, a lesão a direito resta caracterizada com a concessão de uma prestação inferior à devida, de modo que não é necessário, como regra, um prévio requerimento administrativo de revisão. A possibilidade de postulação administrativa consiste em mera faculdade à disposição do interessado, “salvo se a pretensão depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração” (excerto do voto do Min. Relator Roberto Barroso, p. 11).

Segundo o entendimento acima declinado, nas ações revisionais, o interesse de agir pressupõe o prévio requerimento administrativo (de revisão) quando aquelas são fundadas em matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração.

Em relação às ações de concessão de benefício, porém, inexistente a exigência de que toda matéria de fato seja ventilada e demonstrada na via administrativa, sob pena de o processo ser extinto sem o julgamento do mérito em relação às questões consideradas “inéditas”. Para essas ações, expressou o Supremo Tribunal Federal que o indeferimento administrativo é o elemento que caracteriza - suficientemente - o interesse de agir. Com efeito, em relação a esse grupo de ações (em que se pretende a obtenção original de uma vantagem), não se deve exigir a análise de todas as circunstâncias de fato alegadas pelo interessado, para apenas assim reputar-se caracterizado o interesse de agir. Essa exigência corresponde a um duplo equívoco manifesto.

Primeiro, porque olvida que o processo administrativo de concessão de benefício não está estruturado de forma que o interessado deduza pretensão contra a Administração. O processo administrativo corresponde, antes, conforme temos insistido, à materialização do acesso à tutela administrativa, e não à expressão de um contencioso administrativo. Atente-se que, na perspectiva do “dever de alegação de todas as circunstâncias de fato favoráveis”, quanto menos orientação a Administração conferir aos seus segurados - e menos fatos apurar -, mais dificultoso torna a satisfação do direito material em juízo.

Segundo, porque não é razoável exigir do segurado ou de seus dependentes que conheçam o complexo arranjo normativo previdenciário, discernindo seus direitos e o modo de buscá-los em face das instituições criadas para o fim de lhes orientar e proteger.

Mais do que isso, a decisão do Supremo Tribunal Federal que supostamente seria o fundamento para o entendimento de que, nas ações de concessão, o interes-

170 RE 631240, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 03.09.2014, DJe 10.11.2014.



se de agir pressupõe a análise de todas as questões de fato pelo INSS (no processo que culminou com o indeferimento administrativo), oferece, ela própria, diretriz contrária à da exigência de análise de todos os fatos na via administrativa.

Deveras, a decisão tantas vezes citada definiu expressamente que “A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado”. Se assim é, não se deve perquirir sobre as alegações que foram feitas na esfera administrativa e, muito menos, se os documentos apresentados judicialmente já se encontravam no processo administrativo.

Em igual sentido, o mesmo aresto externou o entendimento de que resta caracterizada ameaça ou lesão a direito quando verificada a excessiva demora para a apreciação do requerimento administrativo de concessão isto é, quando excedido o prazo de 45 dias previsto no art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991. Ora, se a lesão a direito pode configurar-se pela só demora na análise do requerimento, sem que a Administração chegue, portanto, a analisar o mérito do pedido ou a documentação apresentada pelo interessado, pode-se concluir, também por este ângulo, que se revela desproporcional a exigência de que todas as alegações deduzidas judicialmente tenham sido previamente levadas à apreciação da Administração.

Em suma, parece-nos equivocada a proposição de que, nas ações de concessão, por derivação da interpretação do Supremo Tribunal Federal externada quando do julgamento do RE 631.240, o interesse de agir pressupõe uma revisão estrita do processo administrativo na via judicial. É importante destacar que esse errôneo raciocínio não deixa de ser tributário do pensamento que percebe uma necessária correlação entre função jurisdicional de proteção social e a ideia do estrito controle da legalidade dos atos administrativos. É, porém, justamente contra essa suposta necessidade de correlação entre jurisdição de proteção social e controle da legalidade, que se volta a teoria do acerto.

### 2.3.3.2 - Alegações inéditas em juízo e o problema do termo inicial dos benefícios

Coloca-se em análise a problemática concernente ao termo inicial de benefícios concedidos judicialmente a partir de elementos de prova não apresentados na esfera administrativa – o que poderia significar alegação de fato deduzida de modo inédito em juízo.

Em relação ao caso objeto de consideração, a *concepção da função jurisdicional de estrita revisão da legalidade do ato administrativo* orientará que o ato administrativo que indeferiu a prestação previdenciária não pode ser considerado ilegal, uma vez que, diante do conjunto probatório, outra coisa não poderia fazer o agente público que não recusar a proteção social pelo não cumprimento dos requisitos legais<sup>171</sup>.

171 O argumento é falacioso, pois é ilegal o ato administrativo que indefere o requerimento de benefício previdenciário quando o beneficiário, na realidade, preenche todos os requisitos exigidos pela legislação previdenciária para sua concessão. De todo modo, talvez o mais formalista juiz revisor-fiscal de atos do Poder Público reconhecesse, nessas condições, o desacerto



De outro lado, a *concepção da função jurisdicional de controle do ato administrativo a partir de uma perspectiva de efetividade processual* sustentará que a não alegação de determinada circunstância fática na esfera administrativa – ou que a apresentação de documentos substanciais apenas em juízo – não prejudica o reconhecimento do direito à prestação previdenciária, mas o início do gozo será fixado na data do ajuizamento da ação e não na data do requerimento administrativo (dada a pressuposta legitimidade do ato indeferitório)<sup>172</sup>.

Como, em última análise, é confundida a ocasião do nascimento do direito com o momento em que se considera comprovado o respectivo fato constitutivo, a *saída pragmática da revisão da legalidade* se enreda em uma aporia: não raro o fato constitutivo do direito é comprovado apenas durante a audiência de instrução e julgamento, ou mediante novos documentos juntados com o recurso, ou ainda após a realização de diligências determinadas pela instância recursal.

Não é preciso muita imaginação para se projetar que, abertas assim tantas possibilidades temporais de comprovação do fato constitutivo do direito, a saída pragmática que busca salvar a utilidade do processo antes de consagrar respeito a direito fundamental revela sua inconsistência e se abre a um decisionismo que – qualquer coisa menos o correto – vincula a data de início da proteção social ao aleatório momento em que realizado o ajuizamento da ação, ou a citação (quando a entidade requerida teria ciência da pretensão escudada em novas circunstâncias), a audiência de instrução e julgamento, a sentença (como se o ato judicial constituísse o direito), a interposição de eventual recurso, ou ainda a sessão de julgamento da instância recursal<sup>173</sup>.

Essa linha de pensamento constitui fruto irreflexivo da prática judicial, manifestando inegáveis sinais de arbítrio do Poder Judiciário, próprio de um modelo que se pode considerar autoritário<sup>174</sup>. Ora, uma coisa é o cumprimento de todos os requisitos em lei para a outorga da proteção social. Outra coisa, bastante distinta, é o momento em que o titular de um direito logra demonstrar sua existência.

---

da solução judicial que recusa a concessão do benefício ao fundamento de que a comprovação do fato constitutivo do direito se deu apenas em juízo.

172 Neste sentido: “A parte autora não apresentou administrativamente por ocasião do pedido de revisão de seu benefício [...] toda a documentação necessária ao reconhecimento da condição especial das atividades ora declaradas insalubres [...]. Destarte, não se pode considerar que a autarquia estivesse em mora anteriormente à data de sua citação nos presentes autos. II - Sendo assim, o termo inicial da revisão deverá ser a data da citação [...], a teor do disposto no art. 219 do Código de Processo Civil” (TRF 3ª AC 649246).

173 Perceba-se que a falta de princípio a orientar a definição dos termos em que é devida a proteção social pode levar ao equívoco de se pensar o ato decisório como constitutivo do direito: “O reconhecimento da incapacidade da autora para o labor somente se concretizou com a decisão agravada, de modo que os efeitos financeiros deveriam valer a contar da prolação desta. Todavia, com o fito de se evitar que o julgamento desbordasse dos limites da pretensão recursal, tornou-se imperativo o acolhimento da apelação do réu neste item, razão pela qual o termo inicial do benefício foi fixado a contar da data do laudo pericial” (TRF 3ª Região, 10ª Turma, Processo 2011.03.99.008361-1).

174 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 44-46.

Na perspectiva da *primazia do acertamento*, inexistente sentido em se definir a existência do direito ou a medida em que é devida a proteção social a partir do modo como restou formalizado o processo administrativo que culminou com resposta insatisfatória ao cidadão. O que importa é a definição de relação jurídica de proteção social e, a partir dela, entregar à parte o bem da vida nos precisos termos a que faz jus<sup>175</sup>. Saber se a parte tem o direito e desde quando tem o direito é o alvo principal da função jurisdicional. É menos importante saber se o ato administrativo, ao fim e ao cabo, era legítimo. Como se desenrolou o processo administrativo ou que documentos dele constaram formalmente constituem questões laterais, de menor interesse.

A resposta do princípio da *primazia do acertamento* à questão proposta não será outra, portanto, que não a outorga da proteção judicial na medida em que o segurado faz jus, isto é, a concessão da aposentadoria pretendida com efeitos financeiros desde a formalização do requerimento administrativo.

Neste sentido se encontra estabelecida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se pode verificar:

[...] 2. A comprovação extemporânea da situação jurídica consolidada em momento anterior não tem o condão de afastar o direito adquirido do segurado, impondo-se o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário no momento do requerimento administrativo, quando preenchidos os requisitos para a concessão da aposentadoria. 3. *In casu*, merece reparos o acórdão recorrido que, a despeito de reconhecer que o segurado já havia implementado os requisitos para a concessão de aposentadoria especial na data do requerimento administrativo, determinou a data inicial do benefício em momento posterior, quando foram apresentados em juízo os documentos comprobatórios do tempo laborado em condições especiais<sup>176</sup>.

### 2.3.3.3 - Princípio da primazia do acertamento e sua relação com o princípio dispositivo

O princípio dispositivo consagra a ideia de que a busca pela satisfação dos direitos materiais encontram-se na esfera de disponibilidade dos indivíduos. Em decorrência dessa noção fundamental e igualmente como consequência do princípio da imparcialidade judicial, em regra não se admite o funcionamento *ex officio* dos órgãos jurisdicionais. Assim é que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando invocada pela parte (CPC/1973, art. 2º)<sup>177</sup>.

Também como derivação do princípio dispositivo pode ser percebido o princípio da congruência ou adstrição da sentença ao pedido, segundo o qual o

175 De outra perspectiva, mas no mesmo sentido, encontra-se a formulação chiovendiana de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 67).

176 Pet 9.582/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, j. 26.08.2015, DJe 16.09.2015.

177 O Novo CPC expressa, em seu art. 2º, “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

juiz deve decidir a lide nos termos em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas pelas partes (CPC/2015, arts. 141 e 492; CPC/1973, arts. 128 e 460).

Que a jurisprudência trabalha com a relativização do princípio da adstrição da sentença em matéria de proteção social não cabem dúvidas<sup>178</sup>. A título ilustrativo, encontra-se atualmente sedimentado o pensamento de que não constitui julgamento *extra* ou *ultra petita* aquele que, em razão da incapacidade laboral comprovada, concede benefício da seguridade social distinto daquele pleiteado na petição inicial<sup>179</sup>.

Para além disso, a “relevância social da matéria” consubstancia o fundamento em função do qual “é lícito ao juiz, de ofício, adequar a hipótese fática ao dispositivo legal pertinente à concessão de benefício previdenciário devido em razão de acidente de trabalho” (REsp. 541.695)<sup>180</sup>. De outra perspectiva, “O juiz, de acordo com os dados de que dispõe, pode enquadrar os requisitos do segurado a benefício diverso do pleiteado, com fundamento nos princípios ‘*Mihi factum dabo tibi ius*’ e ‘*jura novit curia*’” (AgRg no AG 1.065.602)<sup>181</sup>.

Outra coisa não se tem aqui, senão a adoção de soluções processuais adequadas à relação jurídica de proteção social, como resposta à força vinculante do princípio constitucional do devido processo legal e dos direitos fundamentais que se buscam satisfazer judicialmente.

178 Sobre o tema, remetemos o leitor ao quanto escrevemos sobre a fungibilidade das ações previdenciárias e a relativização do princípio dispositivo, no item 1.7.2, *supra*.

179 Como há um núcleo a ligar o requisito específico dos benefícios de seguridade social por incapacidade, tem-se admitido uma espécie de fungibilidade dos pedidos que buscam sua concessão. Neste sentido: “Em relação ao pedido de concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, não há óbice processual quanto ao seu enfrentamento, ademais quando se está diante de benefícios que possuem origem em evento de risco social comum, qual seja, a incapacitação para o trabalho decorrente de acidente, o qual pode gerar direito à concessão de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente, sendo que a decisão que defere qualquer deles, independentemente de haver pedido expresso, não é *extra petita*”. (TRF4, AC 00008928120104049999).

180 Neste sentido: “[...] em razão do caráter social das demandas previdenciárias e acidentárias, pode o julgador conceder benefício diverso ao pedido na inicial se verificado o preenchimento das exigências necessárias para o seu recebimento” (STJ, CC 87.228). Ainda no mesmo sentido: “Cuidando-se de matéria previdenciária, o pleito contido na peça inaugural deve ser analisado com certa flexibilidade. *In casu*, postulada na inicial a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, incensurável a decisão judicial que reconhece o preenchimento dos requisitos e concede ao autor o benefício assistencial de prestação continuada” (REsp. 847.587).

181 Com esses fundamentos, a relativização do princípio da adstrição da sentença em matéria de proteção social não se limita às hipóteses de concessão de benefícios por incapacidade. Com efeito, tal orientação jurisprudencial tem assegurado, por exemplo, a possibilidade de o juiz conceder o benefício em percentual maior do que o requerido na inicial (REsp. 929.942). Para além disso, esse entendimento respalda a concessão de aposentadoria por tempo de serviço pela instância recursal quando a parte postulava revisão da renda mensal de aposentadoria por idade (REsp. 1.019.569). Parte-se do pressuposto, em relação a este último caso, de que a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço seria mais benéfica do que a revisão da aposentadoria por idade.

Perceba-se que o *princípio da primazia do acertamento* presta-se suficientemente como matriz teórica legitimadora desse posicionamento, mesmo porque a aplicação desse princípio conduzirá o magistrado a indagar sobre fatos não suscitados originariamente pelas partes e a assumir seus poderes de instrução com vistas à verdade real e à justa definição da proteção social para o caso<sup>182</sup>.

Desde que as medidas destinadas à definição do direito devido não impliquem tumulto processual, nada impede seja realizado o acertamento da proteção social, mediante relativização do princípio da congruência da sentença – do princípio dispositivo, em última análise<sup>183</sup>. A essência do direito fundamental ao devido processo legal consubstancia a garantia de um processo que chegue ao fim em tempo razoável, respeite o contraditório e a ampla defesa, e culmine com uma decisão justa<sup>184</sup>.

## 2.4 - PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO JUDICIAL CONTRA LESÃO IMPLÍCITA (LESÃO POR OMISSÃO) A DIREITO

Em face da grande complexidade dos mecanismos de proteção e respectiva legislação, os indivíduos não se encontram em situação de tomar decisões de forma informada e responsável, tendo em conta as possíveis consequências.

É preciso recordar, nesse sentido, que o processo administrativo previdenciário não se desenvolve em uma dimensão onde o segurando litiga contra a Administração, deduzindo pretensão, alegando todos os fatos de seu interesse etc. Antes, deve ser compreendido como uma relação de cooperação, um concerto em que Administração deve, em diálogo com o segurando, conhecer a sua realidade, esclarecer-lhe seus direitos e outorgar-lhe a devida proteção social, isto é, a mais eficaz proteção social a que faz jus. Perceba-se, nessa perspectiva, quão impróprio é falar-se em uma necessária e estrita correlação entre as demandas administrativa e judicial<sup>185</sup>.

182 Sobre a relação da busca da verdade real com o princípio da imparcialidade judicial, especialmente nas demandas de proteção social, veja-se os itens 2.1.3.1 e 2.1.3.2.

183 E isso é plenamente justificável: “O princípio da demanda e o dispositivo têm o seu inegável valor, mas não são suficientes, em si mesmos, para infirmar as tendências que advêm da ligação do sistema processual aos fins do Estado” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 165).

184 Tem-se como justa a decisão judicial que, por um lado, realiza o Direito a partir de uma perspectiva dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais e que, por outro lado, revela-se em sintonia com a realidade dos fatos (verdade real) e com a realidade social. Na medida em que o saber ético depende do caso para alcançar uma constituição equitativa da norma para o problema concreto (exigências de justiça do caso), ainda a equidade consiste em componente indispensável à justiça das decisões judiciais. Em matéria de direitos sociais, essa proposição já era sondada quando se pensou a “solução de equidade com inspiração constitucional” como “peça fundamental para concretização do direito fundamental à subsistência pela proteção social e para tornar nossa realidade social menos injusta” (SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*, p. 50).

185 Sobre o processo de concessão de benefício previdenciário, veja-se o capítulo 4.

Por essa razão, a Administração guarda o dever fundamental de prestar as informações necessárias para que o cidadão possa gozar da proteção social a que faz jus<sup>186</sup>. Há também um dever fundamental de conceder, como já assinalado, a devida proteção social<sup>187</sup>.

Eis um primeiro e fundamental dever da Administração Previdenciária no processamento e análise de um requerimento de concessão de benefício da seguridade social: Diante das informações elementares fornecidas pelo beneficiário, a Administração deve verificar todas as hipóteses possíveis de proteção social. O INSS deve testar todas as possibilidades jurídicas de cobertura da seguridade social<sup>188</sup>. O beneficiário traz o fato, as provas que lhe competem – devidamente orientado para tanto – e a Administração analisa seus possíveis efeitos em termos de proteção social. Mas com isso atende apenas em parte o dever administrativo de análise do requerimento administrativo.

Há um segundo e não menos fundamental dever da Administração Previdenciária, que se subdivide em três momentos.

**Primeiro**, a participação no relato dos fatos pelo pretendente ao benefício da seguridade social, colhendo informações e reunindo dados que podem ser relevantes para concessão de um benefício. Esse momento é muito importante, porque

186 Sobre o tema dos deveres fundamentais, os quais levantam exigências a que se deve vincular a atuação dos indivíduos e dos poderes públicos, veja-se: NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 155-166. Entre nós, veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 240-245; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. “Deveres Fundamentais”. In: LEITE, George Salomão et al. (Coords.). *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 325-343. O direito fundamental à informação pública, associado ao dever fundamental de tornar a atividade estatal acessível ou transparente, sustenta-se no princípio do Estado Democrático de Direito e deriva dos princípios constitucionais administrativos da publicidade e da eficiência. O acesso às informações necessárias para o exercício dos direitos de proteção social constitui, a um só tempo, exigência dos princípios do respeito à pessoa – que se encontra em posição de inferioridade em relação ao Estado – e da boa-fé objetiva, que deve presidir toda relação entre a Administração Pública e o cidadão.

187 Anote-se que a circunstância de o segurado se encontrar assistido por advogado não retira da Administração o dever de orientá-lo e conceder-lhe o benefício mais vantajoso. É intuitivo que a representação por profissional não pode consubstanciar, a um só tempo, fator que desonere a Administração Pública de dever fundamental e instrumento de penalização do segurado. Em suma, a representação por advogado não pode consistir em variável que se transforme em penalização do segurado, mesmo porque, é justamente a burocracia e a ineficiência administrativas que levam o segurado a, mediante ônus próprio, contratar representante para sua participação na via administrativa.

188 Nesse sentido, *mutatis mutandis*, já decidiu a Suprema Corte, em emblemático precedente: “Cumprir observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais” (RE 630501, Rel. Min. Ellen Gracie, Redator para o Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 21.02.2013, DJ 23.08.2013). De acordo com esse precedente, assegurou-se o direito dos segurados terem deferidos ou revisados seus benefícios de modo que correspondam à maior renda mensal inicial (RMI) possível no cotejo entre aquela obtida e as rendas mensais que estariam percebendo na mesma data caso tivessem requerido o benefício em algum momento anterior, desde quando possível a aposentadoria proporcional (Informativo STF 695).

o segurado alegará, por exemplo, o cumprimento da idade para recebimento de um benefício, mas poderá não afirmar que trabalhou no exercício de atividade rural. O dependente alegará o óbito do segurado, mas provavelmente não informará a prestação de serviço informal por este na condição de empregado em tempo anterior ao óbito e isso pode lhe custar o direito à pensão por morte. O segurado buscará aposentadoria por tempo de contribuição, mas pode não ter conhecimento sobre a possibilidade de aproveitamento do tempo de serviço que desempenhou como empregado sem registro para incremento da renda mensal de seu benefício. A assimetria informacional entre os beneficiários da seguridade social e os agentes administrativos é de modo geral tão flagrante que a indiferença ou omissão na coleta de informações que podem ser relevantes para efeitos de benefícios parecem atentar contra os princípios constitucionais da moralidade, publicidade e eficiência (CF/88, art. 37). Lamentavelmente, contudo, não é incomum que segurados ou ex-segurados da Previdência Social, ao buscar administrativamente um benefício previdenciário de aposentadoria, obtenham como resposta a concessão de um benefício assistencial, porque tal foi o encaminhado oferecido pela Administração Previdenciária.

**Segundo**, a participação na instrução do processo administrativo, emitindo carta de exigências e esclarecendo ao beneficiário que elementos de prova poderiam ser acrescentados aos que já foram apresentados. Se as dificuldades informacionais se iniciam a respeito do que pode ou deve ser alegado, quanto mais elas gravarão seus efeitos no que se relaciona às provas necessárias ao reconhecimento de seu direito. Também por essa razão, não se afigura correta a extinção do feito sem o julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, ao argumento de que o processo administrativo não apresenta elementos de prova mínimos para a comprovação do direito do beneficiário<sup>189</sup>.

**Terceiro**, quando da análise do direito do beneficiário, a Administração tem o dever de buscar correspondê-lo à prestação mais vantajosa dentre todas as possíveis. A ela se impõe, mais especialmente, o dever de encaminhar processo de requerimento para o melhor benefício ao segurado, de modo que a concessão de um benefício menos vantajoso implica o indeferimento de outra prestação mais benéfica. Não deve percorrer o caminho mais curto para a solução do processo administrativo ou conceder, por exemplo, o que não depender de maior diligência probatória.

Agora vejamos algumas das consequências desses deveres estatais.

É evidente que, em face da presumida hipossuficiência dos segurados da previdência social e da notória dificuldade imposta ao leigo para o conhecimento de seus direitos previdenciários, a Administração deve lhe prestar o serviço social, esclarecendo “junto aos beneficiários seus direitos sociais e os meios de exercê-los e estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem de sua relação com a Previdência Social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade” (Lei 8.213/91, art. 88).

189 Sobre esse aspecto específico, veja-se o item 2.3.3.1 *supra*.

De outra parte, é bem conhecido o Enunciado 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social: “A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido”<sup>190</sup>.

Se assim se passam as coisas, pode-se concluir, por exemplo, que o deferimento de uma prestação assistencial implica, por este mesmo ato concessivo, indeferimento de uma prestação previdenciária, de maneira que para todos os efeitos legais, a data do requerimento administrativo de um benefício assistencial (encaminhamento realizado pelo INSS) deve corresponder à data de início do benefício previdenciário buscado posteriormente em Juízo.

Ainda a título ilustrativo, quando o INSS concede ou mantém um benefício de auxílio-doença, está indeferindo, em face de seu dever de conceder a prestação mais vantajosa, a aposentadoria por invalidez e, ainda mais certamente, o acréscimo de 25% devido ao segurado que necessita da assistência permanente de outra pessoa (Lei 8.213/91, art. 45, *caput*). Por essa mesma lógica, a concessão de uma aposentadoria proporcional por tempo de serviço implica o indeferimento da aposentadoria integral. Bem assim a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição integral sem o reconhecimento de determinado tempo de contribuição implica a negativa deste direito ao segurado, abrindo espaço para a revisão judicial deste ato administrativo.

A partir dessas noções elementares, pode-se sustentar que, toda vez que a Administração Previdenciária deixa de orientar o segurado acerca de seus direitos e não avança para conhecer sua realidade, acarretando, com tal proceder, a ilusão do direito à devida proteção social (direito à mais eficaz proteção social), ela, ainda que de modo implícito, opera, por omissão, verdadeira lesão a direito.

---

190 O Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS passou a se chamar Conselho de Recursos do Seguro Social - CRSS, por força da Lei 13.341/2016 (art. 7º, parágrafo único, inciso I).