

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PRISCILLA HORWAT DELAPORTE

**A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL: ENTRE
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO**

CURITIBA

2015

PRISCILLA HORWAT DELAPORTE

**A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL: ENTRE
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada ao curso de Direito,
do Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

CURITIBA

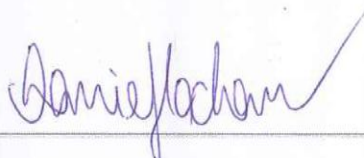
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

PRISCILLA HORWAT DELAPORTE


A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL: ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

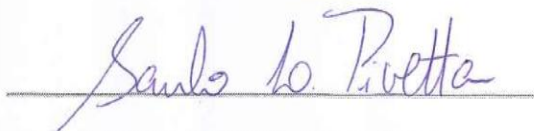


DANIEL WUNDER HACHEM
Orientador

Coorientador



EMERSON GABARDO
Primeiro Membro



SAULO L. PIVETTA - Direito Público
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

Não há como pensar em agradecimentos sem relembrar de todo o caminho percorrido nesses cinco anos de graduação. Foram muitos os desafios enfrentados desde o momento em que tive que me ausentar da pacata e ensolarada Umuarama em razão da jornada acadêmica na UFPR. Mas tive a sorte de encontrar e contar com pessoas que, de uma forma ou outra, ajudaram a fazer a rotina acadêmica – muitas vezes desgastante e cansativa – um pouco mais agradável.

Primeiramente, à minha família, a razão de tudo. Meus pais, Rosemeres e José Luiz, e minha irmã, Adriana, por serem minha fonte inesgotável de compreensão, carinho e paciência. Pelo amor incondicional, mesmo que transmitido virtualmente, e por terem permanecido me incentivando a realizar os objetivos traçados, ainda que às vezes as coisas parecessem que não iam dar certo. Pelos abraços de despedida e pela alegria do reencontro. Pelas lições de vida, por me ensinarem desde pequena que é preciso se esforçar para alcançar aquilo que se quer e, que não importa o lugar em que eu vá em busca dos meus sonhos, eles sempre estarão lá, me esperando de braços abertos assim que eu possa voltar. Sem vocês nada disso seria possível. Obrigada por terem me dado asas para voar para onde nossos olhos não alcançavam e que pareciam nunca alcançar. Obrigada por acreditarem em mim. Obrigada pelo apoio às minhas escolhas. Sou resultado da confiança e da força que depositaram em mim. À vocês dedico não apenas essa, mas todas as conquistas que já realizei e vier a realizar durante a vida.

Às amigas e aos amigos, por toda a cumplicidade, abraços, diálogos e incentivo, e especialmente pela compreensão quando precisei me afastar para redigir este texto. E também agradeço pela insistência em me tirar de casa quando eu já estava afundada nos livros. Em tempos em que quase ninguém se olha nos olhos, em que grande parte das pessoas pouco se importa pelo o que não lhe vai trazer vantagens, só tenho o meu eterno agradecimento a vocês, que me emprestaram energia e luz, deixando minha vida mais leve e divertida quando a rotina pesava.

Dentre essas pessoas tão especiais que fazem parte da minha vida, à vocês, Aline, Amanda, Anna, Anny, Fer, Helozinha, Helo Simões, Lari, May, Raissa e Thais.

Sou imensamente feliz e grata por a vida ter colocado a gente na mesma turma da faculdade. Cada uma com seu jeitinho e suas qualidades, foram minha base de conforto e alegria nesses anos na cidade cinzenta, vivenciando o crescimento de cada uma, e superando juntas as adversidades. À Kahena e à Gabi, as amigas das amigas, que se tornaram amigas-irmãs, juntamente com Fer e Tha. Vocês são a minha paz. À Cleo, que dividiu o apartamento, os materiais da faculdade, os estresses e as conquistas, desde o resultado do vestibular até a mais recente aprovação no Exame de Ordem.

Às amigas de longa-data de Umuarama, Carla, Clau, Jé, Kelly e May, por acompanharem desde o início a saga “mudança para Curitiba”, me tranquilizando mesmo em meio aos meus medos e anseios. Por me receberem em todas as minhas visitas à nossa cidade com um abraço acolhedor e, mormente, pela certeza de que, não importa quanto o tempo passe e quanto tempo permanecemos sem nos encontrar, a amizade e o amor sempre serão os mesmos.

Ao João, por há quase 10 anos ser a “minha pessoa”. Pela cumplicidade, sinceridade e companheirismo extremos, e por conseguir me decifrar tão bem, mesmo sendo tão diferentes. Por ser a pessoa que mais confiou em mim ao longo desses anos, principalmente no momento em que me levou para conhecer o Prédio Histórico da UFPR, olhou pra mim e disse: “Você vai se formar aqui! E eu sei que você é capaz.”.

À Universidade Federal do Paraná, por ter me proporcionado o encontro com pessoas extraordinárias e que foram fundamentais para a reflexão não só desta monografia, mas da vida e da sociedade em si. Sempre acreditei que nada acontece por acaso, e ter a oportunidade de estudar nesta Universidade não foi diferente. Foi aqui que eu pude “pensar fora da caixa”, questionar, aprender, e nunca me conformar com aquilo que me foi dado como verdade irrefutável. Agradeço a todos os professores por terem não só proporcionado conhecimento racional, mas, fundamentalmente, a manifestação de caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional. Dentre os mestres, agradeço em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem, pelo exemplo de profissional que é. Por todo o incentivo e orientação neste trabalho, pelas minuciosas correções, e, principalmente,

pelo comprometimento e dedicação em tudo o que faz, sempre recebendo seus alunos com um largo e confortante sorriso. Agradeço também à Profa. Dra. Priscilla Placha Sá, minha xará querida, por ser uma das principais responsáveis por me fazer querer quebrar paradigmas, e por ter me ensinado na prática o significado de sororidade. Igualmente, ao projeto Mulheres pelas Mulheres, que me presenteou não só com a vivência com pessoas incríveis, mas com o ensejo às reflexões da questão de gênero. Mulheres, obrigada por me ensinarem que “só a luta muda a vida”. Concluo a graduação me sentindo plena com os momentos e reflexões que pude ter nas salas de aula do Prédio Histórico, na biblioteca, nas escadarias e nos corredores. Mais importante que o grau de Bacharela em Direito, sem dúvidas, é o crescimento pessoal que a UFPR me propiciou.

À 3ª Turma Recursal da Justiça Federal do Paraná, sobretudo ao Juiz Federal Dr. José Antonio Savaris, onde tive a oportunidade de realizar, durante o ano de 2013, um dos estágios da graduação, em que tive o meu primeiro contato com o Direito Previdenciário. Toda a minha gratidão pela disposição, pela paciência e pelos valiosos ensinamentos, sem os quais este trabalho não seria realizável.

A Deus, pela vida.

“Independente da sorte que a natureza e a sociedade lhe reservaram ao nascer, e de seus méritos próprios em âmbitos específicos de atividade, cada pessoa tem direito às liberdades, às oportunidades e aos recursos necessários para tentar fazer de sua vida – a única que lhe foi concedido viver – algo de significativo e que valha a pena ser vivido.” (Álvaro de Vita)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, superando marcos teóricos liberais, prevê um rol de direitos fundamentais sociais bastante abrangente, dentre eles, o direito fundamental à previdência social, consagrando um autêntico sistema de seguridade social. Com efeito, compete ao Estado a garantia e efetivação plena deste direito, visando à manutenção de um padrão de vida que atenda aos princípios constitucionais, sobretudo ao princípio da dignidade da pessoa humana, observando a garantia do mínimo existencial como piso mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, a Administração Pública é muitas vezes omissa quanto à efetivação desse direito, restando ao Poder Judiciário satisfazer a tutela pretendida pelo cidadão. À luz dessas considerações, o presente trabalho tem por escopo a análise da atuação da Administração Pública com vistas à tutela do direito fundamental à previdência social, bem como o estudo da relação entre Administração Pública e Poder Judiciário frente à concretização de tal direito fundamental social, frente ao deslocamento da resolução das controvérsias antes devidas pela Administração para o Judiciário.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Previdência Social. Tutela administrativa. Administração Pública. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988, surpassing liberal theoretical frameworks, provides a list of very broad social central rights, including the fundamental right to social security, enshrining an authentic social security system. In effect, the State must provide the assurance and execution of this rights in full, in order to maintain a standard of living which answers the constitutional principles, especially the principle of dignity of the individual, watching the guarantee of existential minimum as a minimum realization of the rights floor social rights. However, the Public Administration is often negligent in the execution of this rights, leaving to the Judiciary Branch the fulfilling of the legal protection required by the citizen. In the light of this considerations, this study has the scope of analyzing the performance of Public Administration overlooking the guardianship of the fundamental right to social security, as well as to study the relationship between the Public Administration and the Judiciary Branch facing the implementation of such fundamental right opposite the displacement resolution of disputes before due by Public Administration to the Judiciary.

Keywords: Social fundamental rights. Social Security. Administrative supervision. Public Administration. Judiciary Branch.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	14
1.1. A regulação jurídica da seguridade social no direito brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988.....	14
1.2. A Constituição Federal de 1988 e as diretrizes da seguridade social.....	17
1.2.1. Os direitos sociais como direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira.....	18
1.2.2. A seguridade social no rol dos direitos fundamentais sociais.....	22
1.3. Consequências jurídicas do reconhecimento da proteção social como direito fundamental.....	27
1.4. A previdência social como elemento integrante da seguridade social.....	31
CAPÍTULO 2 - A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL PELA VIA ADMINISTRATIVA.....	34
2.1. A Administração Pública na Constituição Federal de 1988: a atuação do Estado como instrumento de efetivação de direitos fundamentais soci- ais.....	36
2.2. O requerimento administrativo de benefícios da previdência social: requisitos e características.....	38
2.3. A recusa injustificada do recebimento do pedido pela administração previdenciária e a excessiva demora do processo administrativo.....	41
2.4. O processo administrativo previdenciário e seu regime jurídico constitucional e legal: rito, etapas e princípios aplicáveis.....	45
CAPÍTULO 3 - TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA TUTELA JURISDICI- ONAL CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: IMPACTOS NO ÂMBITO PREVI- DENCIÁRIO.....	51

3.1. A tutela jurisdicional contra a Administração Pública no modelo liberal de Estado de Direito: caráter revisor da jurisdição e a concepção neutra e abstrata de processo.....	52
3.2. A tutela jurisdicional contra a Administração Pública no Estado social e democrático de direito: ativismo judicial e a construção de técnicas processuais adequadas à satisfação do direito material.....	55
3.3. Reflexos das transformações da concepção de tutela jurisdicional na esfera previdenciária: a crítica da função jurisdicional como estrita revisão da legalidade dos atos administrativos previdenciários.....	61
3.4. O Recurso Extraordinário 631240-MG: o prévio requerimento na via administrativa como condição de proponibilidade para o acesso ao sistema judicial de proteção aos direitos da seguridade social.....	63
CONCLUSÃO.....	68
BIBLIOGRAFIA.....	72

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito possui, como uma de suas incontáveis atribuições, a garantia do direito fundamental à proteção social, bem como a sua efetivação justa, equitativa e eticamente aceitável. Com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 assume como objetivo a manutenção da ordem social, justiça e bem-estar sociais e, para isso, faz-se necessário o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais.

Contudo, o constitucionalismo social não é passível de realização se a segurança social se operar de forma insuficiente. A necessidade e exigência de proteção adequada impõe que a função jurisdicional se desenvolva de modo a assegurar o direito material em todo o seu significado e extensão.

Assim, este trabalho possui como objetivo traçar as linhas do surgimento e desenvolvimento da previdência social no Brasil e a maneira como tal direito fundamental é efetivado no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Se, por um lado, a principal finalidade da previdência social é a proteção da dignidade da pessoa humana, é igualmente certo que a solidariedade social rege o Direito Previdenciário, caracterizando-se pela cotização coletiva em prol dos que necessitem de prestações retiradas do fundo comum criado pelo Estado. Em meio à desigualdade material entre os indivíduos, também cabe à previdência social reduzir as disparidades econômicas e, por essa razão, ela apresenta caráter universal, abrangendo toda a população economicamente ativa, exigindo-se contribuições na mesma proporção e, em compensação, oferecendo benefícios e serviços de acordo com a necessidade e contribuição individuais.

A proteção social, como se verá nas próximas linhas, é, portanto, a cobertura oferecida pelo Estado contra os principais riscos suscetíveis de gerar uma degradação da situação dos indivíduos, de forma a assegurar a manutenção de uma vida digna. Muito se sabe que a Administração Pública tem o dever fundamental de prestar as informações necessárias para que o cidadão possa gozar da proteção social a que faz jus.

Entretanto, na prática, sabe-se que não há uma orientação adequada dos servidores da administração para com o cumprimento dos princípios da Administração Pública; os segurados encontram muitas dificuldades para ter suas prestações atendidas de modo satisfatório, muito em razão da ineficiência do sistema administrativo e despreparo dos servidores públicos, o que resulta em sumários indeferimentos de benefícios. Nesta toada, o segurado se vê obrigado a recorrer ao Poder Judiciário para obter uma resposta satisfatória a respeito de seu direito.

Assim, a proposta da presente pesquisa é discorrer sobre a problemática envolvida no sistema previdenciário, sobretudo no órgão gestor da Previdência Social, que opera os direitos do potencial beneficiário da previdência com um generalizado descaso, o que acarreta em abarrotamento dos juizados especiais federais.

A metodologia de estudo envolve, sobretudo, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com ênfase na leitura de manuais de Direito Administrativo e Previdenciário e de obras específicas sobre a Administração Previdenciária.

O trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro expõe a evolução da proteção social e um breve histórico da Previdência Social no Brasil, bem como a fundamentalidade desse direito social inaugurado pela Constituição Federal de 1988, apresentando os principais princípios constitucionais norteadores da seguridade social. O segundo capítulo volta-se à análise da tutela administrativa do direito fundamental à previdência social, atentando-se a como a atuação da Administração é essencial para uma melhoria permanente e integral das condições de vida dos cidadãos. Por fim, no terceiro capítulo são apresentadas as técnicas processuais judiciais aptas a tutelar o direito material em questão a fim de se promover o direito fundamental à previdência social, bem como promover a discussão sobre a (des)necessidade do prévio requerimento administrativo para ingresso no Poder Judiciário, discussão essa que culminou no Recurso Extraordinário 631240-MG.

CAPÍTULO 1 - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição de 1988 é o marco da objetivação democrática e social do Brasil, instituiu pela primeira vez o termo “Seguridade Social”, que, nos termos do artigo 194, define-a como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

O Brasil, como se verá nas próximas linhas, tem uma antiga tradição de seguro social. A luta por melhores condições de trabalho, sendo uma decorrência da sociedade industrial e sua conseqüente insegurança econômica, fez com que se originasse a previdência social, resultando em diferentes sistemas protetivos, de acordo com a situação de cada país.

A ideia de proteção social está intimamente vinculada aos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e de justiça social. Entretanto, tal proteção não será jamais realizada se a segurança social se operar de modo insuficiente. A fixação de prestações previdenciárias tem como escopo uma efetiva atuação no regime democrático para seus beneficiários, sendo um mecanismo de garantia da liberdade real.¹

1.1. A regulação jurídica da seguridade social no direito brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988

As políticas sociais emergem e se estabilizam no Brasil como respostas formuladas pela sociedade para os dilemas sociais, decorrentes do sistema político e econômico-social, configurado no século XIX por uma economia essencialmente

¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A previdência social como direito fundamental**. Revista EPD, v. 5, p. 187-219, 2008, p. 187.

arcaica, baseada no latifúndio e trabalho escravo, resultando em uma distribuição de renda desigual.²

A primeira Constituição, datada de 1824, sofreu influências da ideologia liberal do século XVIII, e fez referência ao livre exercício do trabalho. Já a Constituição de 1891, escrita após a onda revolucionária de abolição da escravatura no país, ocorrida em 1888, trouxe a regulação da previdência social dos trabalhadores do serviço público. A Lei 3.397, de 24 de novembro de 1888, determinou a criação de uma caixa de socorros para os trabalhadores das estradas de ferro de propriedade do Estado. Para os servidores públicos, o conjunto dos benefícios era um direito que decorria do exercício da função, enquanto a previdência dos trabalhadores da iniciativa privada será criada exigindo-se o recolhimento de contribuições.³ Nesta época, não existia uma massa trabalhadora urbana grande e forte o suficiente que pudesse exercer pressão de modo a ser criada uma legislação protetiva.

Neste ponto, é importante ressaltar que não há um consenso entre os autores sobre a data do surgimento da Previdência Social no Brasil. No entanto, considera-se oficialmente o marco inicial da Previdência o advento da Lei Eloy Chaves, Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, em que foram criadas as caixas de aposentadorias e pensões dos empregados das empresas ferroviárias, e se instituiu, pela primeira vez, aposentadorias por invalidez, por tempo de serviço, pensão por morte e assistência médica.

A década de 30 foi emblemática no que tange aos direitos trabalhistas com a ascensão de Getúlio Vargas. A expansão da indústria no país acarretou o incremento da classe operária, o que acentuou os conflitos entre capital e trabalho, de modo que a questão social ficasse evidenciada no cenário político. Foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, de modo que a previdência social passou a ter maior atenção pelo Estado. Somente quinze anos depois houve a criação do ISSB – Instituto dos Serviços Sociais do Brasil – que não fora regulamentado por conta da deposição

² ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45

³ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de previdência social**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 29 a 30.

de Vargas e tenha-se perdido vinte anos de atraso na evolução da Previdência Social no Brasil.

Com o advento da Constituição de 1946, ficou consignado, pela primeira vez, competir à União legislar sobre previdência social, porém era permitido aos estados suplementar a legislação da União nesta matéria. Tal carta inovou ao acrescentar assistência aos desempregados. Ainda que tivesse havido notável desenvolvimento, o sistema continuou dotado de ineficiência e desigualdade.

Em 1960 foi criada a Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, nº 3.807, de 26 de agosto. Foi a primeira consolidação da legislação previdenciária, que aglutinou a legislação esparsa e abundante, introduzindo benefícios como auxílio natalidade, auxílio funeral e reclusão. Quatorze anos depois se criou o Ministério da Previdência e Assistência Social, desmembrado do antigo Ministério do Trabalho e Previdência Social.

A Constituição de 1967, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, expressamente condicionou a intervenção econômica à obtenção do fim culminado em justiça social. Juntamente com a Emenda Constitucional 01/69, o seguro de acidentes do trabalho restou reincluído no rol de prestações da previdência social.

Nesse contexto, a instauração do programa do FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – pela Lei nº 5.107/66, foi de grande importância para a continuidade dos benefícios já garantidos, visto que é destinado a compensar o fim da estabilidade no emprego.

O Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS – criado em 1977, teve por finalidade integrar todos os órgãos e atribuições relacionadas à previdência urbana e rural, de forma a realizar um melhor ordenamento do sistema previdenciário.

Na década de 80, com a grande recessão do sistema capitalista, o FMI impôs ao Brasil uma grande reforma no Estado, evidenciando-se a reforma da seguridade social, de cunho precipuamente liberal. Esta crise e os mecanismos adotados para seu

enfrentamento, de acordo com Mota⁴, interferiram de modo crucial nas conquistas da seguridade social. Nesse contexto, acontecem inúmeras mudanças no mundo do trabalho, como estratégias de superação do modelo Fordista-Keynesiano, marcado pela emergência do neoliberalismo. Fatores importantes para esse processo foram a reestruturação produtiva, as transformações no processo de trabalho, o movimento de concentração e expansão do capital e o corporativismo social.

Assim, em meio ao processo de redemocratização, com o fim do regime militar, sobreveio a convocação da Assembleia Nacional Constituinte e a promulgação da Constituição Federal de 1988 – a Constituição Cidadã.

1.2. A Constituição Federal de 1988 e as diretrizes da seguridade social

A ordem jurídica instituída pela Constituição de 1988 consagrou um compromisso com a transformação da realidade, assumindo um caráter dirigente, sobretudo no que concerne ao conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em matéria social, econômica, cultural e ambiental. Esse caráter compromissário traduz-se no título dos direitos e garantias fundamentais, que recepcionou a maioria dos direitos consagrados até então no plano internacional nos tratados de direitos humanos.

Os direitos fundamentais foram recepcionados pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro em 1988, e isso foi realizado com amplitude, abrangendo além dos direitos e garantias individuais “clássicos”, os direitos sociais. Além de consagrar direitos sociais básicos, a Constituição Federal previu um extenso rol de direitos dos trabalhadores. Ainda que na evolução constitucional precedente houvesse previsão de algum desses direitos, foi somente na Constituição de 1988 que foram efetivamente positivados como direitos fundamentais.

⁴ MOTA, Ana Elizabete. **Cultura da Crise e Seguridade Social** - Um estudo sobre as tendências da Previdência e da Assistência Social Brasileira nos anos 80 e 90. São Paulo: Cortez, 1995, p. 87-108.

1.2.1. Os direitos sociais como direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira

Para se adentrar ao estudo da seguridade social dentro da Constituição de 1988, faz-se importante a análise do contexto da segunda metade do século XX, principalmente após o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,⁵ que reconhece a dignidade da pessoa humana como “*fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*”. Assim, a afirmação dos direitos passa a ser, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios contidos na Declaração não são mais apenas os cidadãos de um determinado Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.⁶

Especificamente no que concerne à previdência social, revela-se elucidativo o artigo 25 da Declaração:⁷

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Contudo, a maior concretude aos Direitos Humanos seria alcançada apenas com a sua inserção nos textos constitucionais. Os sistemas regionais de direitos humanos complementam o sistema global. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, a constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos

⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://goo.gl/ZnaFwE>>. Acesso em abril de 2015.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91.

⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos. ONU, 1948.

direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos.⁸

O cenário exposto pela Declaração em conjunto com o nascimento de direitos de determinadas circunstâncias históricas, abalizadas por lutas contra velhos poderes em defesa de novas liberdades,⁹ impôs a necessidade de uma regulamentação extensiva sobre a proteção social aos indivíduos, gerando a revisão da configuração do Estado, que passou a intervir na geração e distribuição de riquezas, ao mesmo tempo em que implementa políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais.

Ao existir um catálogo de direitos fundamentais, surge um problema atinente a interpretação das formulações do direito positivado. Esse problema não se diferencia dos problemas interpretativos que refletem na jurisprudência em geral. A polêmica acerca dos direitos humanos e civis adquire um novo caráter quando há a positivação desses direitos como direitos de vigência imediata.¹⁰ Uma das razões de se existir certa polêmica com os direitos fundamentais advém das disposições de princípios que carecem de unidade de conteúdo, de uma aglomeração de cláusulas gerais e falta de independência conceitual e formulas vagas de que é possível subsumir qualquer interpretação. Exemplo desse tipo de discussão é a afirmação dos direitos políticos acerca da prioridade do exercício político da liberdade frente ao exercício da mesma que está em exclusiva ao serviço de interesses privados. A ciência dos direitos fundamentais tem a tarefa de dar respostas racionalmente fundamentadas aos problemas vinculados com os direitos fundamentais.

Consoante adverte Alexy, os direitos prestacionais em sentido estrito são os direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que poderia obter também dos particulares. Estes direitos prestacionais em sentido estrito são os denominados direitos fundamentais sociais. As normas de direitos fundamentais sociais são de tipos

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1999, p. 354.

⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 53.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 5.

muito variados: podem conferir direitos subjetivos, ou normas que obrigam o Estado apenas objetivamente; podem ser normas vinculantes ou não-vinculantes e, nesse sentido, serão normas programáticas; ou normas de direitos ou deveres definitivos ou *prima facie*, que podem ser regras ou princípios.¹¹ A variedade de normas de direitos fundamentais sugere que é inevitável introduzir diferenciações; não pode se tratar de uma pergunta de tudo ou nada.

Desses pressupostos, pode-se inferir que para o indivíduo tem uma importância existencial não ter que viver debaixo do nível de uma existência mínima, não estar condenado a um permanente não-fazer nada e ficar excluído da vida cultural. Não há dúvidas de que, para o indivíduo, tem mais importância a superação da sua situação deficitária do que as suas liberdades jurídicas, que devido propriamente ao déficit, não lhe servem para nada e se convertem em formulas vazias.¹² Na mesma toada, a liberdade fática é jusfundamentalmente relevante, não somente desde o ponto de vista formal do asseguramento de coisas especialmente importantes, mas também de perspectivas materiais. Os direitos fundamentais são valores que encontram seu ponto central na personalidade humana que se desenvolve livremente dentro de uma comunidade social e em sua dignidade. À luz da teoria dos princípios, os direitos fundamentais expressam, entre outras coisas, princípios que exigem que o indivíduo possa se desenvolver livre e dignamente na comunidade social, o que pressupõe certa medida de liberdade fática.

A Constituição Federal de 1988 foi gerada a partir de um amplo processo de restauração do Estado Democrático de Direito, que teve como protagonistas uma sociedade civil marcada por muitos anos de marginalização e um Estado autoritário, apropriado pelos interesses privados que ditavam a ordem política e econômica.¹³ Assim, com a recuperação das liberdades políticas, a Assembleia Constituinte foi um amplo exercício de participação popular, sendo inegável seu caráter democrático. O texto final expressou uma heterogeneidade de interesses, com prevalência do

¹¹ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 444.

¹² ALEXY, Robert. *Idem*, p. 449.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 52, 1999, p. 41 e 42.

interesse público, que possibilitou um regime jurídico especial aos direitos fundamentais, atribuindo-lhes “proteção ampliada contra as ações e omissões do Poder Público suscetíveis, respectivamente, de extirpá-los do ordenamento ou de inquiná-los de inoperância”.¹⁴

A essência e a razão de ser dos Estados constitucionais encontram-se no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, direitos esses que compõem o cerne do Estado Constitucional e que representam o conjunto de valores básicos de uma sociedade, revestidos da máxima normatividade das disposições constitucionais.¹⁵ Torna-se, então, imprescindível a fixação de metas, parâmetros e limites da atividade do Estado, para além da organização do poder e competências dos órgãos estatais.¹⁶

Os direitos sociais configuram legítimos direitos fundamentais, dotados de aplicabilidade imediata e proteção contra emendas constitucionais abolitivas (que se verá com mais precisão no item 1.4).

Nesta toada, Ingo Sarlet reconhece que, ao existir um direito à moradia no rol dos direitos sociais da Constituição, decorrem dele ao menos outros cinco direitos fundamentais sociais expressa e distintamente consagrados na Constituição. São eles: salário mínimo, assistência social, previdência social, saúde e moradia. Torna-se evidente que, para ter tais direitos garantidos, faz-se mister a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo, mas uma sobrevivência que atenda aos padrões de dignidade.¹⁷ Para além disso, é necessário a garantia do mínimo existencial como piso mínimo, e não como teto máximo dos direitos fundamentais sociais. O mínimo existencial é definido por “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (=imunidade) e que ainda

¹⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p. 66.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 67.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 68.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 309-332.

exige prestações estatais positivas”.¹⁸ Equivale dizer, portanto, que a existência digna comporta a sobrevivência e a manutenção do corpo e a sobrevivência intelectual e espiritual, que possibilite a inserção e participação democrática dos cidadãos nas esferas de deliberação pública, desenvolvendo assim livremente a sua personalidade.¹⁹ A garantia do mínimo existencial é complementar ao desenvolvimento dos demais direitos fundamentais, de forma que os direitos sociais sugestionam o exercício dos direitos individuais, políticos e civis, efetivando a dignidade humana. Entretanto, o direito ao mínimo existencial não é a única garantia de proteção da dignidade humana, mas “consiste em um dos instrumentos para assegurar, ao menos, o núcleo essencial da dignidade”,²⁰ uma vez que as liberdades fundamentais encontram entraves para serem exercidas na ausência de condições materiais de existência.

Feitas essas considerações, é necessário ressaltar que os direitos econômicos e sociais não têm por único objetivo a satisfação do mínimo existencial. Enquanto esse se destina a erradicar a pobreza e a marginalização, aqueles se objetivam a reduzir as desigualdades sociais e regionais e garantir desenvolvimento nacional na sua dimensão humana, promovendo uma igualdade material entre os indivíduos.²¹

1.2.2. A seguridade social no rol dos direitos fundamentais sociais

Além de inserir a assistência e previdência social no elenco dos direitos fundamentais sociais do art. 6º, a Constituição Federal tratou de dedicar em seu texto um regime constitucional da seguridade social. O Título VIII da Constituição trata da chamada “Ordem Social”, que “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Esta regulamentação constitucional segue a tendência das tradições dos países desenvolvidos, na busca constante do Estado de Bem-Estar

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35.

¹⁹ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. Cit.*, p. 89.

²⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*, p. 91.

²¹ HACHEM. Daniel Wunder. *Idem*, p. 99.

Social, o que justifica, ainda, a maior intervenção estatal para o maior cumprimento desse objetivo.²²

José Miguel Garcia Medina afirma que a Constituição de 1988 instituiu um autêntico sistema de nacional de seguridade social, em que se articulam ações dos Poderes Públicos e da sociedade, a fim de certificar e realizar direitos atinentes à saúde, à previdência e à assistência social.²³ Inserido em um contexto em que o trabalho é pautado como a pedra angular da ordem social, a seguridade social protagoniza como sendo um elemento de extrema relevância para o desenvolvimento e manutenção da dignidade da pessoa humana, por consistir em relevante valor social de proteção ao trabalhador.²⁴ A partir do tripé da seguridade social estabelecido na Constituição – saúde, assistência social e previdência social – é possível falar em um direito fundamental à segurança social.

No título da Ordem Social, o legislador constituinte trouxe o capítulo da seguridade social, em que agregou os três eixos – previdência social, assistência social e saúde – em razão de sua inter-relação: há uma consolidação de um regime constitucional para a seguridade social formatado para atender a padrões adequados de bem-estar social e, mormente, com o claro intento de assegurar a todos uma vida digna e saudável.²⁵

Com relação ao direito à saúde, entendido como direito à assistência e tratamento gratuitos no campo da Medicina, as ações são destinadas a oferecer uma política social com a finalidade de reduzir riscos de doenças e outros agravos. É assegurado a toda a população, independentemente de contribuição, de modo a ser prestado o devido atendimento, ficando como entidade responsável o SUS – Sistema

²² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p.91-92.

²³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada: com súmulas e julgados selecionados do STF e de outros tribunais**. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 690.

²⁴ BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 11.

²⁵ “*Tal panorama constitucional guarda sintonia com o direito internacional dos direitos humanos, mais precisamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)*”, cf. 1.2.1. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 619.

Único de Saúde – previsto no art. 198. Decorre deste direito também a formação de recursos humanos na área da saúde, execução de ações de saneamento básico, produção de medicamentos, incrementar o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação, fiscalizar alimentos e colaborar na proteção do meio ambiente (art. 200).

No âmbito da Previdência Social, dispõe a Constituição que a filiação é compulsória, coletiva, contributiva e de organização estatal, que ampara os beneficiários contra os riscos sociais, os quais consistem em adversidades da vida a que qualquer pessoa está submetida, como idade avançada, acidente de trabalho, invalidez, morte, doença, maternidade, desemprego involuntário.²⁶

A previdência é a técnica protetiva mais evoluída que os antigos seguros sociais, em virtude da sua maior abrangência de proteção. O RGPS – Regime Geral de Previdência Social – obriga somente a população economicamente ativa que, mediante contribuição, e nos termos da lei, fizerem jus aos benefícios, não sendo abrangidos por outros regimes específicos de seguro social (art. 201).²⁷

A assistência social é um sistema de proteção independente de contribuição à Seguridade Social, que tem por objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a promoção da integração ao mercado de trabalho e a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária. Esse sistema assegura a renda mensal vitalícia de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de subsistência, por si ou por sua família (art. 203). Os poderes públicos municipais e estaduais, entidades beneficentes e de assistência social possuem o encargo de executar as ações na área da Assistência Social (art. 204, I).

Além da regulação da Seguridade Social delineada pelo título da Ordem Social na Constituição, a legislação infraconstitucional é de suma importância para o estudo e a prática do sistema previdenciário. São elas: Lei nº 8.212, de 24.07.1991 – Lei

²⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. Cit.*, p. 29-30.

²⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 12a edição, Florianópolis, Conceito Editorial, 2010. p. 74.

Orgânica da Seguridade Social, e a Lei nº 8.213, de 24.07.1991- Lei de Benefícios da Previdência Social.

O artigo 194 da Constituição traz como escopo da seguridade social uma série de objetivos que competem ao poder público ao organizar a seguridade social. Dessa forma, o referido artigo enumera, em sete incisos, os princípios da seguridade social: (i) Universalidade da cobertura e do atendimento: Esse princípio é movido pela ideia de inclusão, que pretende tornar a previdência acessível a todo aquele que exerce atividade remunerada, e para aqueles que não o fizeram, que recolheram contribuições na forma da lei. Por sua vez, a universalidade de atendimento é a “entrega das ações, prestações e serviços de seguridade social a todos os que necessitem”.²⁸ O professor Wagner Balera vai mais à frente ao minudenciar que este princípio está em harmonia com o princípio da igualdade e, assegura, “a universalização da proteção tornará a seguridade social habilitada a igualar todas as pessoas que residam no território nacional.”²⁹

Daniel Machado da Rocha sustenta que a universalidade do seguro social não significa necessariamente a concessão de um direito igual para todos os trabalhadores de receber benefícios nas mesmas condições, mas sim, que deve haver uma proporcionalidade em relação ao salário de contribuição e às demais regras relacionadas ao cálculo da prestação substitutiva.³⁰

(ii) Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais: A inserção desta norma no corpo do texto constitucional deve-se a histórica diferença que o legislador ordinário sempre dispensou ao trabalhador rural, cerceando direitos anteriormente previstos apenas para os trabalhadores urbanos. Certamente essa discriminação agravou a questão social e afastou a população rural da proteção social por muito tempo. Já previsto no art. 7º da Constituição, este princípio confere tratamento uniforme a trabalhadores urbanos e rurais, havendo idêntico benefício para o mesmo evento coberto pelo sistema de seguridade social.³¹

²⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Idem*, p. 114.

²⁹ BALERA, Wagner. *Op. Cit.*, p. 18.

³⁰ ROCHA, Daniel Machado da. *Op. Cit.*, p. 141.

³¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Op. Cit.*, p. 114.

(iii) Seletividade e distributividade na prestação de serviços: O sistema de seguridade social deve estabelecer os requisitos necessários para a concessão de benefícios e serviços. Dessa forma, o princípio da seletividade conjectura que somente serão concedidos benefícios para quem verdadeiramente careça. A distributividade é o caráter do regime por repartição, ou seja, a concessão dos benefícios visa a distribuição de renda e bem-estar social.

(iv) Irredutibilidade do valor dos benefícios: O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios é análogo ao princípio da intangibilidade do salário dos empregados e do vencimento dos servidores.³² Significa dizer que o benefício legalmente concedido não será passível de desconto, arresto, sequestro ou penhora. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada sobre o tema:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (...) (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

(v) Equidade na forma de participação no custeio: Com esse princípio, busca-se uma proporcionalidade do custeio da seguridade social com a capacidade contributiva daqueles que estão obrigados a custeá-la. Cada qual que tenha a obrigação de

³² Neste sentido, ver DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 201: *“Estabelece o princípio da intangibilidade dos salários que esta parcela justrabalhista merece garantias diversificadas da ordem jurídica, de modo a assegurar seu valor, montante e disponibilidade em benefício do empregado. Este merecimento deriva do fato de considerar-se ter o salário caráter alimentar, atendendo, pois, a necessidades essenciais do ser humano.”*

contribuir para a seguridade social deverá fazê-lo “*na medida de suas possibilidades, possibilidades estas que são fornecidas pelos ganhos, seja do empregador, seja do trabalhador. Quem tem maior capacidade econômica deve contribuir com mais*”.³³

(vi) Diversidade da base de financiamento: Uma vez que a seguridade social está entre um liame de sistema contributivo e assistencial, abriu-se a possibilidade, no texto constitucional, de que a receita da seguridade seja arrecadada de diversas fontes pagadoras. Visa estabelecer a maior estabilidade, uma vez que impede que se atribua o ônus do custeio a segmentos específicos da sociedade.

(vii) Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados: A Constituição de 1988 adotou a gestão democrática da seguridade social, bem como previsto no art. 10º. É natural que as pessoas diretamente interessadas na seguridade participem de sua administração. A Lei nº 8.619/1993, que alterou o art. 3º da Lei nº. 8.213/1991, criou o Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS, órgão superior de deliberação colegiada, estabelecendo como membros: seis representantes do governo federal, nove representantes da sociedade civil, sendo eles três representantes dos aposentados e pensionistas, três representantes dos trabalhadores em atividade e três representantes dos empregadores. Tais membros são nomeados pelo Presidente da República, tendo mandato de dois anos.³⁴

1.3. Consequências jurídicas do reconhecimento da proteção social como direito fundamental

A garantia da seguridade social como direito fundamental aparece pela primeira vez com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme explicitado anteriormente (item 1.2). Os direitos fundamentais, como resultado de um processo

³³ DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 121.

³⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. Cit.*, p. 77 e 78.

político, econômico e social, representam uma conquista da sociedade diante dos excessos do poder político.

As transformações da sociedade humana fizeram com que identificassem novas categorias de direitos que regulam os direitos humanos em momentos diferentes da história. Dessa forma, marcam-se gerações de direitos³⁵. Os direitos de segunda geração, representados pelo direito à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, constituem uma prestação positiva do Estado frente à sua função de garantidor do desenvolvimento social.³⁶ Paulo Bonavides³⁷, ao fazer referência aos direitos de segunda geração, afirmou que "(...) são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao

³⁵ Paulo Bonavides, ao fazer referência aos direitos de primeira dimensão afirma que “os *direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões.*”. Sobre os direitos de terceira geração, cita: “Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 569). Quarta geração: “A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572)

³⁶ FERRARO, Suzani Andrade. O ativismo judicial como instrumento de interpretação e efetivação do Direito Previdenciário como Direito Fundamental Social. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, nº 21, Jun-Jul/2014, p. 73

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p 517.

princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula". Sarlet³⁸ ressalta que

os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Assim, as normas de estatura constitucional são dotadas de superioridade jurídica, de forma que nenhum ato jurídico pode subsistir se com ela for incompatível. As normas constitucionais situam-se no ápice do ordenamento jurídico e se prestam como fundamento de validade de todas as demais, por força do princípio da supremacia da constituição.³⁹ Destarte, faz-se imperioso ressaltar que considerar a seguridade social um direito fundamental e incluí-lo no rol dos direitos de segunda geração, é afirmar a sua garantia frente ao núcleo existencial indispensável à fruição da dignidade humana.⁴⁰ Sendo direito fundamental, a proteção social, portanto, é revestida de eficácia vinculante e aplicabilidade imediata, conforme o disposto no art. 5º, § 1º da Constituição.⁴¹ Quanto ao aspecto formal da norma, o direito à previdência social tem sua fundamentalidade acolhida de forma incontestada no art. 6º da Constituição. De acordo com Ernest Benda, a obrigatoriedade de o Estado de respeito à dignidade do indivíduo não se restringe à prestação garantista quando o indivíduo não pode prover uma existência digna, ou seja, justamente nos momentos em que os cidadãos têm sua força laboral afetada é que a previdência social evidencia seu papel nuclear para a manutenção do ser humano dentro de um nível existencial minimamente adequado.⁴²

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 50.

³⁹ SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 5. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2014, p. 42.

⁴⁰ FERRARO, Suzani Andrade. *Op. Cit.*, p. 74.

⁴¹ SAVARIS, José Antonio. *Op. Cit.*, p. 44.

⁴² BENDA, Ernest. Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad, p. 126. In: Benda, Ernest et alli, **Manual de Derecho Constitucional**, 1996, p. 85.

Os direitos sociais encontram certos entraves na doutrina para serem considerados direitos fundamentais, uma vez que para a sua efetivação, faz-se necessária uma reserva do financeiramente possível do Estado. O conteúdo principal típico dos direitos fundamentais sociais consiste em prestações estatais sujeitas a conformação politico-legislativa, e aduz-se do seu conteúdo a necessidade de regulamentação infraconstitucional.⁴³

Entretanto, os valores juridicizados pela ordem constitucional na forma de princípios jurídicos não são satisfeitos somente com a igualdade das condições iniciais de vida dos indivíduos. A concretização requer uma aproximação entre as posições distribuídas na sociedade, mediante a redução de disparidades entre as rendas, as condições de vida, o grau de valorização dos empregos e postos de trabalho. Essa redução encontra-se imbrincado na Constituição brasileira, em que clama pelo modelo de igualdade de posições o qual só será implementado se reconhecida a jusfundamentalidade plena dos direitos sociais. Não há como equalizar oportunidades numa realidade desigual sem reduzir a distancia entre as posições. A Constituição se compromete com a construção de uma sociedade que, para ser justa, não basta ser livre: deve também ser solidária (art. 3º, I, CF).

Dessa forma, aceitar a jusfundamentalidade integral dos direitos sociais implica reconhecer a potencialidade expansiva do seu conteúdo, que se propaga sobre o legislador e o administrador público, além de permitir o reconhecimento de outras gradações da aplicabilidade imediata dos comandos que o veiculam, para além do mínimo existencial.

Admitir a proteção social como direito fundamental é uma necessidade. Muitos criticam o enquadramento, mas poucos conseguiriam viver em uma sociedade sem esse direito. O seguro social é meio necessário e eficaz de garantia da vida digna, firmando sua posição em todas as sociedades desenvolvidas.

Mais do que um bônus, a garantia necessária da vida digna é um ônus social, já que a dignidade da pessoa humana é também um dever de todos para com todos. A

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 197.

dignidade da pessoa humana não é somente uma prerrogativa dos particulares perante o Estado, mas também um dever daqueles para com o próximo. A dignidade existe não somente para os que atendem aos requisitos de sociabilidade impostos pela maioria, mas é direito de todo aquele que possa ser qualificado como ser humano.

1.4. A previdência social como elemento integrante da seguridade social

Com relação à Previdência Social – sendo essa um direito fundamental – faz-se necessário ressaltar que não tem o seu objeto limitado a determinado tipo de prestação, contemplando vários benefícios, conforme os arts. 201 e 202 da Constituição.⁴⁴ Estes enunciados buscaram moldar a solidariedade, propiciada pela organização técnica e atuarial da economia coletiva compulsória, com a pretensão de tutelar os trabalhadores e seus dependentes, de forma preventiva por toda a vida, contra a ameaça e/ou efeitos decorrentes de riscos sociais. Castro e Lazzari conceituam a previdência social como “o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento”.⁴⁵

A realização do sistema previdenciário está fundada em dois traços fundamentais: a compulsoriedade da filiação e a contributividade para acesso aos benefícios. O princípio da compulsoriedade é o que obriga a filiação a regime de previdência social aos trabalhadores. Já a contributividade significa que, para ter direito a qualquer benefício previdenciário, é inescusável enquadrar-se na condição de segurado, devendo contribuir para a manutenção do sistema. Logo, todo e qualquer benefício previdenciário depende do recolhimento de contribuições sociais.⁴⁶ São justamente estes dois princípios que distinguem o direito à previdência social do direito

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 337.

⁴⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Op. Cit.*, p. 46.

⁴⁶ SAVARIS, José Antonio. *Op. Cit.*, p. 466.

à assistência social e direito à saúde: estes não exigem uma prévia contribuição ou filiação a algum regime.

Nesta toada, faz-se importante a menção da existência de dois regimes públicos e obrigatórios de Previdência Social: o Regime Geral - RGPS, estabelecido pelo art. 201 e disciplinado pela Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91) – para os trabalhadores em geral, e o Regime Próprio, disciplinado pelo art. 40 da CF/88, e que abarca os servidores públicos. Outrossim, ainda há a previdência privada de caráter complementar, facultativa, com regras dispostas no art. 202 da CF. O financiamento da seguridade social, nos termos do art. 195, será realizado por toda a sociedade, e pelas contribuições sociais.

A Lei nº 8.213 instituiu os seguintes benefícios para o RGPS: art. 18: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de contribuição; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente; II - quanto ao dependente: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão; III - quanto ao segurado e dependente: a) serviço social; b) reabilitação profissional.

Vale dizer que essas prestações são geridas pelo Ministério da Previdência Social, com o apoio do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal responsável pela administração das prestações previdenciárias.

Diversamente do que ocorre a respeito da assistência social e da saúde, o direito fundamental à previdência social submete-se a uma dinâmica e concepção próprias. De tudo quanto foi dito, o sistema de previdência social é orientado pela exigência de contribuição previdenciária para que se possa fazer jus a tal direito, inclusive no aspecto de se assegurar o equilíbrio financeiro e atuarial.⁴⁷ Não obstante a aplicabilidade direta de diversas das normas constitucionais da previdência social e que definem os contornos do próprio direito à previdência social, a concessão de determinados benefícios se dá nos limites da previsão legal, preeminentemente no âmbito do que se ajustou denominar de *direitos derivados a prestações*.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 620.

De outra parte, doutrina e jurisprudência têm contribuído para uma reconstrução do direito à previdência social, que, como os demais direitos fundamentais, abarca um complexo de posições subjetivas, além da forte dimensão objetiva. Ao longo do tempo e para além das reformas legislativas, é possível evidenciar uma ampliação do rol dos beneficiários, para o que a jurisprudência concorreu fortemente, destacando-se aqui a inclusão dos companheiros no caso de uniões estáveis entre homens e mulheres, e mais recentemente, entre pessoas do mesmo sexo.⁴⁸

A previdência social visa a cobertura dos riscos sociais, quais sejam, os infortúnios que causam a perda da capacidade para o trabalho e, por conseguinte, a manutenção do sustento. Por consequência, o indivíduo garante não ficar a mercê de eventos que comprometam sua capacidade de assegurar, por si próprio, sua independência social. A vulnerabilidade dos indivíduos em face dos riscos sociais demanda a elaboração e implementação de políticas públicas de segurança social. Isto posto, a proteção social reclama mecanismos institucionais planejados para reduzir e superar os riscos sociais, assegurando universalmente, segurança econômica contra as circunstâncias inevitáveis que afetam a subsistência e o bem-estar dos indivíduos e suas famílias.⁴⁹

Um sistema previdenciário eficaz, em conjunto com outras ações sociais, não deve limitar-se à garantia do mínimo vital, mas atender aos riscos sociais crescentes em uma sociedade pós-moderna, com a garantia de uma remuneração compatível e inclusão social efetiva. O sistema previdenciário, repita-se, não busca tão somente a manutenção de um mínimo de sobrevivência, mas algum valor que permita ao segurado uma vida digna.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 621.

⁴⁹ SAVARIS, José Antonio. *Op. Cit.*, p. 38.

CAPÍTULO 2 - A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL PELA VIA ADMINISTRATIVA

Seguindo a lógica explanada no capítulo anterior, os direitos fundamentais sociais – com enfoque para a previdência social neste trabalho – necessitam de uma prestação material do Estado para sua efetivação. Os direitos sociais não são apenas normas programáticas: eles outorgam um direito subjetivo sindicável, com a imposição de comportamentos estatais destinados a suprir as necessidades básicas e garantir condições mínimas de existência digna ao cidadão. Assim, a categoria jurídica do mínimo existencial é um conteúdo essencial dos direitos sociais. O mínimo existencial é o produto de uma ponderação previamente operada pelo constituinte, que nasce de um processo ponderativo entre normas-princípios que impõem a realização maximizada dos direitos fundamentais sociais por elas veiculados.⁵⁰

Neste momento, o trabalho volta-se à análise das estruturas estatais que detém a responsabilidade de concretizar os mandados constitucionais, sobretudo a Administração Pública e os instrumentos que esta dispõe para aquela pretensão. Em razão da amplitude de funções em que o Estado possui, é comum que cometa abusos e ocorram conflitos que coloquem em lados opostos Administração Pública e os indivíduos.⁵¹

É precisamente sobre a dimensão de tensão entre Estado Constitucional e democracia que continua sendo observado o centro do debate político e filosófico. Em uma sociedade pluralista e aberta, a questão das relações entre Estado de Direito e democracia renasce em cada nova polêmica em que a liberdade individual se confronte com os interesses e a decisão da maioria e ocupa permanentemente o debate jurídico, constitucional e de filosofia política.⁵² No âmbito dos direitos fundamentais, são vantajosas as construções que evidenciem, de forma mais transparente possível, os conflitos de interesses, valores e princípios que subjazem a

⁵⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. Cit.*, p. 100.

⁵¹ SOUZA, Rafael Soares. **Justiça Administrativa: o sistema brasileiro**. Dissertação de mestrado. USP, 2014, p. 12.

⁵² NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p. 22 e 23.

todos os casos difíceis de direitos fundamentais, uma vez que o reconhecimento do conflito é o primeiro pressuposto da sua resolução constitucionalmente adequada.

A tutela administrativa que propõe assegurar e reconhecer direitos fundamentais deveria representar não só o propósito essencial da atuação da Administração Pública, bem como também o fundamento intrínseco à sua própria existência. A partir dessa premissa, este capítulo tem por propósito questionar a atuação da Administração que coloca entraves na seara de concretização dos direitos fundamentais sociais – especificamente do direito à proteção social – de forma espontânea, integral e igualitária.⁵³

Se as prestações previdenciárias constituem um direito fundamental, à luz dos princípios democráticos de direito, elas pressupõem um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da atividade administrativa. Diante desse quadro, Canotilho destaca que deve ser assegurado um conjunto mínimo de direitos para a garantia de um procedimento administrativo justo, como direito de participação do particular nos procedimentos em que está interessado, a imparcialidade da administração, o princípio da informação, o princípio da fundamentação dos atos administrativos lesivos de posições jurídicas subjetivas, o princípio da conformação do procedimento segundo os direitos fundamentais, o princípio da boa-fé e o princípio do arquivo aberto.⁵⁴

Neste capítulo será analisada a tutela administrativa, que revela um impasse na busca pela eficiência previdenciária na dificuldade de acesso, e com a falta de uma mínima inclinação da autarquia gestora à resolução dos impasses dos beneficiários, “no prematuro encerramento dos processos administrativos e na multiplicação de ilegais óbices à concessão de benefícios”.⁵⁵ Será visto, portanto, qual é a efetiva resposta da estrutura da Administração Pública e da sequência dos atos procedimentais por ela organizados aos objetivos visados, quais sejam, a revelação do eventual direito do beneficiário e a garantia da real proteção do interesse individual questionado.

⁵³ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. Cit.*, p. 261-268.

⁵⁴ CANOTILHO, José Gomes. *Op. Cit.*, p. 512-517.

⁵⁵ SAVARIS, José Antonio. *Op. Cit.*, p. 143.

2.1. A Administração Pública na Constituição Federal de 1988: a atuação do Estado como instrumento de efetivação de direitos fundamentais sociais

As Constituições promulgadas ao longo do século XX instituíram uma série de fatores que levaram à construção do Estado Social no cenário mundial. A relação entre indivíduo e Administração Pública alterou-se, consistindo na promoção da igualdade em sentido material, com a incumbência de atenuar as desigualdades sociais para ensejar que os mais desfavorecidos possam gozar de seus direitos.⁵⁶

A Administração Pública integra o contexto geral do sistema político de um Estado, refletindo e expressando as características e distorções desse sistema. À proporção que se foram aprimorando as funções do Estado, aumentaram as atividades da Administração, adquirindo fundamental importância na vida da coletividade, sendo um fator condicionante de relações econômicas e sociais dos indivíduos.⁵⁷ Dessarte, a força do princípio da supremacia da Constituição vincula o administrador à ela, e não apenas à lei ordinária, superando-se a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na mera leitura do princípio da legalidade, no qual a sua atuação estava sistematizada por aquilo que o legislador determinasse.⁵⁸ Os Estados passam a ter o dever de satisfazer as necessidades essenciais dos cidadãos e de intervir na economia, seja para corrigir as disfuncionalidades excessivas causadas pelo mercado, seja para abreviar as desigualdades fáticas existentes entre classes sociais.

Com lastro na doutrina de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, a promoção dos direitos fundamentais pelos poderes públicos é culturalmente muito importante, dado que, quando cresce a sensibilidade dos administradores públicos acerca da relevância dos direitos fundamentais no conjunto do Direito Público, modifica-se a maneira de operação da máquina pública. A importância dessa promoção reside não somente no

⁵⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. Cit.*, p. 236.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 42.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 226-227.

exercício do poder público como um fim em si, mas como um meio de melhoria permanente e integral das condições de vida dos cidadãos.⁵⁹

A Constituição de 1988 traz um regime jurídico constitucional-administrativo,⁶⁰ no qual há uma vinculação das ações do Poder Público com os valores e objetivos listados nas regras e princípios constitucionais, o que condiciona a validade das normas elaboradas pelo legislador infraconstitucional.⁶¹

Dessa forma, a constitucionalização do Direito Administrativo engendra a limitação da discricionariedade administrativa, a exigência de deveres positivos de conduta, a concessão de fundamento normativo para a realização de atos vinculados diretamente à Constituição, independente de legislação infraconstitucional. O caráter universal e vinculativo dos princípios constitucionais tece vinculações a todos os agentes, órgãos e entidades públicas, que devem agir de forma a promover os direitos fundamentais, em suas dimensões subjetiva e objetiva.⁶²

Para além da previdência – como sistema contributivo compulsório – a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social, que inclui a assistência social aos cidadãos que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados em suas atividades sociais, não apresentando condições para promover a sua própria subsistência. O Estado deve assegurá-los ao menos as condições mínimas para uma existência digna e executar os esforços essenciais para integrar essas pessoas na comunidade, promovendo seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, e criando as instituições assistenciais indispensáveis.⁶³

A busca pela proteção jurisdicional deve, portanto, ser a última alternativa, apenas acionável quando o dever de boa administração não foi observado, uma vez que a

⁵⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo en el siglo XXI. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, nº 13, A Coruña, Universidade da Coruña, p. 627-643, 2009. p. 636.

⁶⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.

⁶¹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial**. Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 82.

⁶² PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Idem*, p. 83.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 318.

Administração Pública deve atuar adequada e eficazmente em prol dos demais direitos fundamentais dos cidadãos.⁶⁴

Assim, o fenômeno da constitucionalização do Direito faz com que a Constituição passe a dirigir a atividade do legislador ordinário e do administrador público, sujeitando-a às determinações do texto constitucional. Configura-se uma Constituição que não só orienta os poderes constituídos, mas impõe a consecução dos objetivos traçados, configurando um caráter *dirigente*.⁶⁵ À vista disso, a Administração Pública encontra-se vinculada a dar efetividade aos direitos fundamentais sociais, marcando a passagem para uma “Administração de prestação”, nas palavras de Bacellar Filho.⁶⁶ Exige-se uma postura prestacional, de forma a evitar lesões aos direitos de liberdade, promover políticas públicas com vistas a satisfazer os direitos sociais, sem que seja necessária uma prévia postulação por parte do cidadão que tenha seu direito material lesado.

A realização do Estado de Bem Estar Social reclama uma atuação estatal intervencionista, que vise o planejamento do desenvolvimento através da coordenação dos agentes públicos e privados de maneira a transformar a estrutura socioeconômica, propiciar melhor distribuição de renda e integração social e política dos indivíduos.⁶⁷

2.2. O requerimento administrativo de benefícios da Previdência Social: requisitos e características

Preliminarmente, a compreensão do sistema previdenciário brasileiro requer a exposição da estrutura da entidade gestora. O INSS – Instituto Nacional do Seguro Social – é uma autarquia federal, instituída pelo Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990, mediante a fusão do IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdên-

⁶⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. Cit.*, p. 301.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 149.

⁶⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 112.

⁶⁷ MARRARA, Thiago (Coord.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

cia e Assistência Social) com o INPS (Instituto Nacional de Previdência Social). Essa entidade é responsável pela administração dos benefícios previdenciários. A tutela do direito material ao benefício compete ao Estado, que no exercício da função administrativa, valendo-se do adequado procedimento, define a existência e a extensão de direitos subjetivos públicos, no plano formal.

O procedimento administrativo – formulação do pedido de benefício até a decisão final do Poder Público – possui como escopo a busca da individualização da prestação devida, nos termos da lei, ao segurado, que é o titular do direito subjetivo. A Lei nº 8.422/1992 delegou expressamente ao Poder Executivo a função de dispor sobre a estrutura, organização e funcionamento do Ministério da Previdência Social. No momento em que decide sobre o pedido de benefício, a autoridade administrativa encontra-se competente para conduzir o plano de proteção em favor do requerente.⁶⁸ Por isto, mediante acertado processo, a função administrativa previdenciária se exerce, atingindo o acertamento definidor do direito social.

Em face do exposto, para que se seja titular do direito subjetivo de postular um benefício, é necessário que haja a filiação, que, nos termos de Fábio Zambitte Ibrahim, “*é o vínculo jurídico que se estabelece entre o segurado e o RGPS. Decorre automaticamente da atividade remunerada*”⁶⁹, para que se configure o status de segurado. Por conseguinte, ocorrendo a hipótese de que trata a norma previdenciária, o ente fica obrigado a conceder a prestação prevista em lei, estritamente conforme determinado.⁷⁰

Além da filiação, para que uma pessoa possa receber um benefício previdenciário, é inescusável que esta: (a) encontre-se na qualidade de beneficiário do Regime à época do requerimento; (b) tenha a ocorrência de um dos eventos cobertos pelo regime à época do fato; (c) cumpra as exigências legais; (d) postule ativamente frente à autarquia previdenciária, uma vez que o INSS não tem o dever de conceder benefícios de ofício.

⁶⁸ BALERA, Wagner. **Processo administrativo previdenciário: benefícios**. São Paulo: LTr, 1999, p. 9.

⁶⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 173.

⁷⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Op. Cit.*, p. 504.

Caso haja atendimento dos requisitos acima elencados e não postulação por parte do segurado, este possui direito adquirido frente à autarquia para prestação previdenciária. Conforme lição de Castro e Lazzari, “uma vez adquirido o direito, este se torna intangível por norma posterior, devendo ser concedido o benefício ou prestado o serviço nos termos do regramento existente à época da aquisição do direito, independentemente de quando for requerido.”⁷¹

O benefício do RGPS pode ser solicitado por meio de agendamento prévio pelo portal da Previdência Social na internet, pelo telefone 135, ou nas agências da Previdência, mediante cumprimento das exigências legais para o benefício almejado.⁷²

O processo inicial de benefício deverá conter, nos termos do art. 22, inc. III, da Portaria nº 713/93 do Ministério da Previdência Social: a) requerimento inicial; b) discriminação das contribuições que serviram de base para o cálculo do salário-de-benefício; c) documentos relativos a tempo de serviço, idade, carência, qualidade de segurado e de dependente, incapacitado e demais fatos cuja comprovação se despache fundamentado; d) decisão do INSS, através de despacho fundamentado; f) notificação da decisão; g) processo de benefício suspenso, alterado ou encerrado, quando for o caso.

A Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 6 de agosto de 2010, traz, em seu art. 586, a seguinte orientação: “Não apresentada toda a documentação indispensável ao processamento do benefício ou do serviço, o servidor deverá emitir carta de exigências, com observância do § 1º do art. 576, com prazo mínimo de trinta dias para cumprimento, com o registro da exigência no sistema corporativo de benefícios”.

A justificativa administrativa é um procedimento utilizado para suprir a falta ou insuficiência de documento ou produzir prova de fato ou circunstância de interesse dos beneficiários – art. 108 da Lei nº 8.213/91.⁷³ É processada sem ônus ao interessado, sendo um meio de prova de natureza administrativa. Somente será admitido o proces-

⁷¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Idem*, p. 508.

⁷² BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Agendamento de atendimento**. Disponível em: <<http://goo.gl/vfo8rO>>. Acesso em 20 de Janeiro de 2015.

⁷³ TAVARES. Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 9a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 196.

samento da justificativa administrativa quando ficar evidenciada a inexistência de outro meio capaz de configurar a verdade do fato alegado.⁷⁴ Deverá ser processada mediante a apresentação de início de prova material, devendo ser demonstrado um ou mais indícios como marco inicial e outro como marco final, bem como, se for o caso, outro para o período intermediário, a fim de comprovar a continuidade do exercício da atividade.

É importante ressaltar que a concessão de um benefício previdenciário – mesmo uma aposentadoria – não exime o sistema de previdência social de prosseguir cumprindo o dever fundamental de proteção adequada a seus segurados, de maneira que a superveniência de um fato grave, imprevisto e indesejado pelo segurado aposentado pode conduzir à alteração do mecanismo específico de cobertura e, especialmente, do nível de proteção social.⁷⁵

2.3. A recusa injustificada do recebimento do pedido pela Administração Previdenciária e a excessiva demora do processo administrativo

Ao ser atendido pelo servidor da autarquia previdenciária, o beneficiário esbarra com uma série de dificuldades. Há muito despreparo e desinteresse por parte dos servidores e pouca clareza nas explicações dos requisitos necessários para a obtenção dos benefícios previdenciários. Dessa forma, o segurado fica à mercê da boa vontade daquele que o atende, e até da recusa injustificada de seu benefício pela simples falta de informação.

A recusa de protocolo de entrada de requerimento administrativo corresponde a um indeferimento verbal, que é uma omissão na conduta, caracterizando uma inconstitucionalidade, por contrariar a garantia contida no art. 5º, XXXIV, 'a' da Constituição – direito de petição. Para além disso, a Lei nº 8.213/91 dispõe, em seu art. 105 que “a

⁷⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Op. Cit.*, p. 746.

⁷⁵ SAVARIS, Jose Antonio. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/w1NsuU>>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício”.⁷⁶

Em contrapartida, a demora injustificada e irregular na análise do pedido administrativo de concessão do benefício também caracteriza uma inconstitucionalidade, por ferir o direito de petição, verificando-se nessa conduta omissiva ofensa de princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, em particular a moralidade e a eficiência – art. 37, caput da CF.⁷⁷

Tanto no caso da recusa injustificada quanto na demora temos uma omissão ilegítima, por violar o direito material do indivíduo em obter tutela administrativa concernente ao seu direito de perceber um benefício previdenciário. A Administração Pública tem o dever de obediência aos princípios da legalidade e da eficiência, devendo ainda obedecer o princípio do devido processo legal (art. 5º, LV, da CF). Mais além, é assegurado constitucionalmente a todos os indivíduos a razoável duração do processo, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, garantindo meios para celeridade de tramitação (art. 5º, LXXVIII, da CF). Vigente este postulado, cumpre à Administração cumprir os prazos estabelecidos na legislação, uma vez que, quando a Administração deixa de se manifestar sobre a pretensão do segurado, resta caracterizada a ilegalidade da omissão, ainda que tal inércia decorra de problemas estruturais da máquina estatal.⁷⁸ A atividade administrativa deve se desenvolver em direção a dar integral satisfação às necessidades a que visa amparar, tempestiva e adequadamente. Aos agentes administrativos impõe-se, assim, o cumprimento absoluto do dever de boa administração.

Cabe salientar que se configura ato ilícito o indeferimento de protocolo, pela Autarquia Previdenciária, de requerimento de benefício, na ocasião em que o postulante preencher todos os requisitos legais para tanto, podendo ser questionado em juízo, logo que se trata de lesão a direito. Outrossim, caracteriza lesão a um dos deveres ético-profissionais do servidor público responsável (art. 116, inc. III, da Lei nº

⁷⁶ SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário...** *Op. Cit.*, p. 245.

⁷⁷ SAVARIS, José Antonio. *Idem*, p. 246.

⁷⁸ Cf. decisão do TRF4 – Turma Suplementar – REOMS 2006.71.00.036792-3 – Rel. Fernando Quadros da Silva – DJ 14.12.2006.

8.112/90), por desatenção às normas legais pertinentes; no campo do Direito Penal, em tese, poderia caracterizar crime de prevaricação o retardamento ou a realização de ato administrativo contra disposição expressa de lei (Código Penal, art. 319); uma vez configurado o crime e punido o servidor, este é passível de demissão do cargo público. Por consequência, servidores públicos considerados ineficientes devem ser punidos.⁷⁹

Conforme consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a indevida negativa ou demora na cobertura securitária causa transtornos e aborrecimentos para o beneficiário, o que gera o dever de o Estado indenizar o particular prejudicado pela delonga da resposta administrativa.⁸⁰ Não demonstradas as objeções que fundamentem a demora na concessão dos benefícios, resultam ofendidos os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa do Estado.

Ademais, a recusa injustificada configura lesão aos princípios da moralidade e da motivação dos atos administrativos - art. 50, 53, 54 e 55 da Lei 9.784/1999. O ato administrativo, sendo uma “prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas”⁸¹, deverá sempre ser motivado, indicando os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, sendo obrigatório em qualquer tipo de ato administrativo – discricionário ou vinculado – pois se trata de uma formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.⁸²

Quando não houver prazo legal, regulamentar ou regimental para a apreciação do pedido ou para o processamento do requerimento, deve-se aguardar por um tempo razoável a manifestação da entidade competente, ultrapassado o qual o silêncio da Administração converte-se em abuso de poder, corrigível pela via judicial adequada, que tanto pode ser ação ordinária, medida cautelar, mandado de injunção ou mandado

⁷⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Op. Cit.*, p. 510.

⁸⁰ ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. APOSENTADORIA. ATRASO INJUSTIFICADO. INDENIZAÇÃO. 1. A demora injustificada da Administração Pública para apreciar pedido de aposentadoria, obrigando o servidor a continuar exercendo compulsoriamente suas funções, gera o dever de indenizar. Precedentes: REsp 687.947/MS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 21.08.2006; REsp 688.081/MS, REsp 983.659/MS, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 06.03.2008; REsp 952.705/MS, Min. Luiz Fux, DJ de 17.12.2008. 2. Recurso a que se dá provimento. (STJ, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 02/04/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA).

⁸¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 77.

de segurança. Diante disso, não compete ao Poder Judiciário praticar o ato omitido pela Administração, mas, sim, impor sua prática, ou desde logo suprir seus efeitos, de modo a restaurar ou amparar o direito do postulante, violado pelo silêncio administrativo.⁸³

Doravante, pode-se assegurar que toda vez que a Administração Previdenciária deixa de orientar o segurado a respeito de seus direitos e não prossegue para compreender sua realidade, acarretando com tal proceder à ilusão do direito à devida proteção social (direito à mais eficaz proteção social), ela, ainda que de modo tácito, opera, por omissão, verdadeira lesão a direito.⁸⁴

Para garantir a eficiência do sistema previdenciário, é imprescindível que a atuação da Administração Pública atenda aos princípios constitucionais a ela atribuídos – moralidade, boa-fé, legalidade e impessoalidade. Entretanto, a eficiência da administração gerencial no campo do RGPS é identificada na deficiente estrutura administrativa, que acaba sendo a lógica da maximização da produtividade pela atuação dos agentes públicos. Quando o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência é sobreposto à eficiência administrativa, tem-se a imposição de uma eficiência previdenciária.⁸⁵ A busca pela eficiência previdenciária se revela na dificuldade de acesso à tutela administrativa, na falta de mínima inclinação do órgão gestor à solução de problemas dos administrados, no encerramento precipitado dos processos administrativos e na propagação dos impedimentos à concessão de benefícios. A eficiência econômica sobreposta aos agentes administrativos, dessa forma, significa a redução de custos, com desajustes sociais e graves consequências humanas.

Essas condições fazem com que o ente administrativo consolide-se para o contribuinte do sistema como um entrave à obtenção de uma prestação da Seguridade Social, logo que se acredita que o problema somente será resolvido no Judiciário.

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19ª ed. São Paulo: Imprensa, 1994, p. 98

⁸⁴ SAVARIS, José Antonio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 46, fev. 2012, p. 431. Disponível em: <<http://goo.gl/9vR0ZG>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

⁸⁵ SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário...** *Op. Cit.*, p. 142-143.

A questão pertinente é que a autarquia previdenciária ainda não está plenamente estruturada para atender os conclames sociais para o qual ela foi instituída, prestando-se, por ora, a analisar e conceder benefícios de forma displicente, em vez de facilitar o atendimento daqueles que a buscam, seja prestando esclarecimentos pertinentes ou dando as devidas instruções e direcionamentos mais adequados aos cidadãos. Tal embaraço é demonstrado claramente em pesquisa do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que concluiu que o INSS é o maior litigante nacional, abarcando a fatia de 22,3% das demandas dos cem maiores litigantes nacionais.⁸⁶

Outrossim, outra questão cabal é que a Administração Previdenciária não observa a jurisprudência do Poder Judiciário, e mantém demandas judiciais sobre temas já pacificados, inclusive pelo STF.⁸⁷ O INSS não tem uma política interna de revisão administrativa de benefícios em razão de decisões do Supremo, e suas agências adotam critérios diferentes para a solução de questões semelhantes. Ainda que a jurisprudência desenvolva um papel essencial na concretização dos direitos fundamentais, é imprescindível haja a observância destes preceitos e que devolva à Administração Pública sua funcionalidade, o desempenho do seu papel no Estado Democrático de Direito.

2.4. O processo administrativo previdenciário e seu regime jurídico constitucional e legal: rito, etapas e princípios aplicáveis

Preliminarmente, Hugo de Brito Machado leciona sobre o processo administrativo:

a Administração Pública, para registro de seus atos, controle da conduta de seus agentes e solução de controvérsias dos administrados, utiliza-se de diversificados procedimentos, que recebem a denominação comum de processo administrativo. (...) O processo administrativo é o gênero, que se reparte em

⁸⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **INSS lidera número de litígios na Justiça**. Disponível em: <<http://goo.gl/R1dv07>>. Acesso em 15 de julho de 2015.

⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Agências do INSS não seguem decisões da Justiça**. Disponível em: <<http://goo.gl/5Yi9yD>> Acesso em 15 de julho de 2015.

várias espécies, dentre as quais as mais frequentes apresentam-se no processo disciplinar e no processo tributário ou fiscal.⁸⁸

O processo administrativo é um importante instrumento de direito-garantia individual e da participação democrática do cidadão frente à Administração Pública. O racional funcionamento do processo administrativo – com decisões bem fundamentadas - significa em alívio para o judiciário, no sentido de que o particular verifica seus direitos efetivamente protegidos e assegurados na esfera administrativa. A Administração Pública, em suma, precisa agir conforme o interesse público com eficácia e efetividade. É de se esperar que processos administrativos bem conduzidos e bem instruídos gerem decisões administrativas idôneas e motivadas, que, caso fossem tomadas a sério, funcionariam como elementos aos processos judiciais.

O advento da Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999), onze anos após a promulgação da Constituição da República, traduz a absorção de princípios processuais como próprios do direito administrativo, que ainda não tinham sido suficientes na burocracia estatal, ocorrendo por uma sensibilidade tardia do legislador aos reclames de segurança, liberdade e igualdade. Pretende-se, portanto, uma Administração Pública que, obediente aos princípios de um Estado Democrático de Direito, conduza-se em favor do interesse público com eficácia e efetividade.

O agente administrativo possui um dever imposto, vinculado ao poder que lhe é outorgado; este vínculo entre poder e dever é denominado de função. Existem sete elementos que compõem o conceito de função em direito administrativo: a) agente público, investido no b) dever de satisfazer uma c) finalidade no d) interesse público, bem como e) fixado em lei, necessitando para tal dos f) poderes indispensáveis à consecução de seu dever, outorgados sempre g) no interesse alheio ao sujeito que maneja o poder.⁸⁹

⁸⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 117-118.

⁸⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32.

Na relação entre sujeito da Administração Pública e outra pessoa (seja física ou jurídica), dá-se o exercício do poder administrativo estatal, em que o Estado-Administração cumpre o dever-poder conferido a ele pelo direito positivo.

Desta forma, o processo administrativo é um mecanismo para solucionar controvérsias entre a Administração Pública e os particulares. O procedimento seria o modo de realização do processo, o rito processual, de fato. O processo tem como principal característica a atuação de sujeitos diversos daquele a quem compete editar o ato, tendo possibilidade de participação pelos próprios destinatários do ato que determina a posição jurídica. Existe, portanto, um interesse essencial dos destinatários do ato final.⁹⁰ Há uma aproximação entre administração e cidadãos, mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, o qual instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico da promulgação da Constituição e a demanda de democracia na atuação administrativa.⁹¹

Com relação ao processo administrativo previdenciário, especificamente, é certo que qualquer alteração no recebimento de um benefício previdenciário deve gerar respeito ao devido processo legal desde a sua instauração, com a imediata ciência do titular ou seu representante, em observância ao princípio constitucional postulado no inciso LIV do art. 5º - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.⁹² Assim sendo, o particular é o destinatário do ato administrativo a ser editado, portanto, é o principal interessado, devendo ser assegurada sua colaboração no processo nessas condições. Essa condição está preceituada no art. 5º, inc. LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes – que é também um dispositivo-chave no processo administrativo, uma vez que assegura o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório.⁹³

⁹⁰ Sobre o tema, na doutrina brasileira, ver: MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. Cit.*

⁹¹ Além disso, Odete Medauar destaca que “A colaboração dos sujeitos e o conhecimento do modo de atuação administrativa, decorrentes do esquema processual, facilitam o controle por parte da sociedade, do Poder Judiciário e de todos os outros entes que fiscalizam a Administração”. MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 185.

⁹² SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário...** *Op. Cit.*, p. 180.

⁹³ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 185.

Reconhece-se o direito do particular ao devido processo legal desde o requerimento administrativo. Com o indeferimento deste, deflagra-se ao particular uma controvérsia que abre dois caminhos: a interposição de recurso administrativo ou a invocação da tutela jurisdicional.⁹⁴

Assim, sendo escolhida a tutela administrativa, é fundamental que sejam observados os princípios constitucionais derivados do princípio do devido processo legal. São eles: direito constitucional de petição, que assegura o direito ao acesso à tutela administrativa (art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição), princípios do contraditório e da ampla defesa, dos quais decorrem o princípio da ampla instrução probatória e a regra de interdição da prova ilicitamente obtida (art. 5º, LVI), princípio da motivação das decisões (art. 93, IX) e princípio da publicidade dos atos processuais administrativos (art. 37, caput).

Acontece que, quando um beneficiário necessita formalizar um requerimento de concessão de benefícios, encontra sérias dificuldades, principalmente no que diz respeito a oportunizar a apresentação de provas que entenda conveniente, sofrem indeferimento com base em prova produzida apenas unilateralmente e, na grande maioria dos casos, recebe resposta administrativa desvinculada de motivação precisa quanto aos fatos e quanto ao direito.

Não obstante, há um hiato entre a normativa e a prestação do sistema administrativo, que é um grande problema para quem mira de fora o gigante e intimidador sistema. A falta de motivação do ato torna-se um cerceamento do direito de defesa, uma vez que a motivação é uma condição indispensável para que possa ser exercida qualquer forma de controle sobre a administração, até pelo fato de que não se impugna o que não se conhece.⁹⁵

A exigência do processo administrativo previdenciário na ocorrência de evento prejudicial ao beneficiário decorre do pensamento de que sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado por uma decisão administrativa deve a ele ser proporcionada a oportunidade de exercer a ampla defesa, que somente tem sen-

⁹⁴ SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário...** *Op. Cit.*, p. 184.

⁹⁵ SILVA, Clarissa Sampaio. **Limitações à invalidação dos atos administrativos.** São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 61-62.

tido em sua plenitude se for produzida previamente à decisão, de forma a ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade competente para decidir. Disso decorre o direito fundamental à tutela administrativa efetiva, que visa a extrair implicações jurídicas concretas em relação aos deveres da Administração Pública de implementar os direitos fundamentais sociais, para a redução dos entraves tradicionalmente impostos pelo Direito Público para a concretização desses direitos. A Administração Pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas, ao qual corresponde o dever de a Administração Pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.⁹⁶

O processo administrativo previdenciário não se desenvolve (ou não deve desenvolver-se) em uma dimensão em que 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 a 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.

De mais a mais, o processo administrativo previdenciário é o meio idôneo para se dar o cancelamento de um benefício pelo INSS, bem como para apurar as irregularidades na concessão. A Administração Pública tem o poder-dever de desconstituir seus atos por vícios de nulidade, entretanto, condiciona-se à comprovação das ilegalidades em processo administrativo próprio, com oportunização das garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório ao administrado.⁹⁷ O INSS deve, ao verificar irregularidade, notificar o beneficiário para que, no prazo de dez dias, apresente defesa e manifeste sobre as supostas irregularidades na concessão ou manutenção do benefício previdenciário, nos termos da Lei nº 10.666/2003.

⁹⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

⁹⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Op. Cit.*, p. 513.

Em entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, o ente administrativo, em atenção ao princípio da legalidade, tem o poder-dever de anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais.⁹⁸ Todavia, a Administração tem esse poder-dever limitado quando o beneficiário encontra-se de boa-fé, em decorrência dos princípios da segurança jurídica e proteção da confiança.⁹⁹

Por força do princípio da proteção judicial contra lesões implícitas (ou por omissão), 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 a mais eficaz proteção social), ela, ainda que de modo implícito, opera, por omissão, verdadeira lesão a direito. E isso é suficiente a caracterizar o interesse de agir, de modo a assegurar o acesso à Justiça.¹⁰⁰ A efetividade da Administração Pública em proporcionar um processo administrativo adequado a salvaguardar o direito fundamental à previdência social, sendo a via administrativa o instrumento mais conveniente para a concretização dos direitos fundamentais sociais. Logo, é à “função estatal – e não à judicial – que compete primária e imediatamente a efetivação integral desses direitos, mediante ações coletivizadas de alcance universal”.¹⁰¹

⁹⁸ Súmula 346 do STF: “A Administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. Súmula 473 do STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

⁹⁹ Neste sentido: AC n. 2002.70.00.039021-4/PR. TRF da 4a. Região, 5a Turma, Relator Des. Fed. Celso Kipper. DE 30.9.2008.

¹⁰⁰ SAVARIS, Jose Antonio. **Direito processual previdenciário...** *Op. Cit.*, p. 197.

¹⁰¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. Cit.*, p. 301.

CAPÍTULO 3 - TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA TUTELA JURISDICIONAL CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: IMPACTOS NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO

Inicialmente, é importante assinalar que a atividade administrativa é concreta, prática e imediata, de forma a atender diretamente às necessidades de uma sociedade. De outro lado, a atividade jurisdicional consiste em decidir controvérsias entre partes opostas, com força de verdade legal. A jurisdição faz parte do poder Estatal e se desenvolve através da intervenção dos magistrados. Ainda que seja uma distinção básica, não se deve negar que ambas as funções têm um âmbito próprio de desenvolvimento em nosso país, e que ambas devem coexistir o mais harmonicamente possível para atingir um Estado de Direito pleno. A transformação do Estado de Direito importou na extensão e intensificação do controle jurisdicional das leis e dos atos administrativos.

De forma a indagar o impacto dessa transformação no âmbito do direito fundamental à Previdência Social, este capítulo tem por escopo a análise do contexto de surgimento do Direito Administrativo no século XIX, portanto, em um ambiente liberal e a forma com que os discursos liberais ainda afetam a atuação da Administração Pública (3.1.). Essa atuação “amarrada” à letra da lei fez com que emergissem técnicas processuais judiciais aptas a tutelar o direito material em questão, promovendo a realização dos direitos fundamentais sociais, sobretudo sob a égide do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (3.2.).

Por fim, os dois últimos tópicos têm o intuito de: (3.3.) criticar a estrita revisão de legalidade dos atos administrativos previdenciários pela função jurisdicional e (3.4.) promover a discussão sobre a necessidade do prévio requerimento administrativo para ingresso na esfera judiciária, que culminou no Recurso Extraordinário 631240-MG (3.5.).

3.1. A tutela jurisdicional contra a Administração Pública no modelo liberal de Estado de Direito: caráter revisor da jurisdição e a concepção neutra e abstrata de processo

Na vigência do Estado Liberal de Direito, os parlamentos reservaram para si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade. Perante a supremacia do parlamento, o judiciário e o executivo contraíram posições evidentes de subordinação: a Administração somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus estritos limites, e o judiciário apenas aplicá-la, sem nem sequer poder interpretá-la.¹⁰² Apenas o legislativo era dotado de capacidade para criar o direito, de acordo com a teoria da separação dos poderes.¹⁰³ O princípio da legalidade constituía, portanto, um critério de identificação do direito, cuja validade dependeria meramente de sua produção por uma autoridade munida de competência normativa.¹⁰⁴ Nessa senda, o princípio da legalidade tinha íntima relação com o princípio da liberdade como um dos valores perseguidos pelo Estado Liberal, segundo ideais de que a Administração Pública atuava de acordo com a autorização da lei e que os indivíduos poderiam fazer tudo aquilo que não houvesse vedação em lei.¹⁰⁵

As concepções surgidas na época liberal foram cruciais para o desenvolvimento do Direito Administrativo, uma vez que tinham evidente intenção de limitar a atuação da administração invasiva às liberdades individuais e garantia dos direitos individuais. A separação de poderes, com a atribuição à função executiva o poder específico de exercer atividade administrativa com repercussão imediata na coletividade, também facilitou a formação de um direito da Administração Pública.¹⁰⁶ Na segunda metade do século XIX, o Direito Administrativo teve uma maior sistematização, com contribuição

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

¹⁰³ Teoria essa idealizada por Montesquieu, que disciplinou que a atividade jurisdicional no Estado Liberal era limitada pela legislação e pela Administração Pública. O poder dos juízes limitava-se a afirmar aquilo que já havia sido dito pelo legislativo, uma vez que o julgamento deveria ser apenas um texto exato da lei. MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*. p. 27.

¹⁰⁶ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 44-46.

da jurisprudência e obras de autores franceses, italianos e alemães. A partir de então, houve a formação de um núcleo básico da matéria, sobretudo no que diz respeito a: capacidade de direito público, ato administrativo unilateral e executório, direitos subjetivos públicos, jurisdição administrativa, poder discricionário, interesse público, serviço público, poder de polícia, hierarquia e contratos administrativos.¹⁰⁷

Nas Constituições brasileiras do século XIX, entretanto, os preceitos da Administração Pública que afluíram na Europa não foram incorporados, ainda que houvessem obras de Direito Administrativo já publicadas no país.¹⁰⁸ Em conjunto com a ampliação da atividade administrativa, há a inserção, tímida, de preceitos nas Constituições que antes apareciam somente nas leis sobre matéria administrativa.¹⁰⁹

Dessa maneira, as primeiras normas legais regulavam a atuação autorizada do Estado, ou seja, as condutas administrativas positivas, designando seus limites. Em sua origem, os comportamentos comissivos é que representavam uma ameaça aos direitos fundamentais: o Direito Administrativo “clássico” caracterizou-se pela atribuição de um papel neutro ao Estado, que estava autorizado a intervir somente para garantir a ordem e a harmonia entre as distintas liberdades individuais, alicerçado em um rígido positivismo.¹¹⁰

A estruturação dos axiomas administrativistas orientou-se de forma a evitar que a máquina pública desviasse seu comportamento, atingindo liberdades individuais. Entretanto, essas regras dificilmente davam a resposta necessária em casos concretos, que não teorizam com profundidade sobre a inatividade do Estado. O modelo liberal, portanto, consolidou-se na proteção contra ações positivas do Estado que poderiam afetar a liberdade, com resguardo de interesses individuais.

Percebe-se que as omissões administrativas, ainda que violassem direitos dependentes de atuação pública, não eram admitidas como objeto em ação judicial. Este se voltava exclusivamente à correção dos atos administrativos, logrando a jurisdição

¹⁰⁷ MEDAUAR, Odete. *Idem. Ibidem.*

¹⁰⁸ Um exemplo disso é a primeira obra de direito administrativo, de Vicente Pereira do Rego, “*Elementos de direito administrativo brasileiro comparado com o direito administrativo francês segundo o método de P. Pradier-Fodéré*”, escrita em 1857, em Recife. MEDAUAR, Odete. *Idem*, p. 47.

¹⁰⁹ MEDAUAR, Odete. *Idem*, p. 59.

¹¹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. Cit.*, p. 223.

contencioso-administrativa um caráter revisor. Ou seja, a função jurisdicional era executada no sentido de analisar e revisar as decisões já tomadas pela Administração Pública que eram contrárias a lei. Era um dos requisitos de admissibilidade da demanda a existência de um ato administrativo prévio que seria alvo de impugnação no processo.¹¹¹ As sentenças condenatórias não tinham o intento de determinar obrigações de fazer, realizando tão somente a anulação do ato expedido e, no máximo, apontar o caminho conveniente a ser perseguido pela Administração, sem uma efetiva responsabilidade com o cumprimento da decisão.¹¹²

O apego à superioridade da lei formal como limite e fundamento do agir da Administração Pública, numa óptica restritiva do princípio da legalidade, reforçava a lógica do Direito Constitucional de então, denegando a atuação administrativa *praeter legem*,¹¹³ ainda que fundada estritamente no texto constitucional. A atuação da Administração não era admitida sem a previsão expressa de lei formal, mesmo que tivesse a finalidade de concretizar comandos constitucionais veiculadores de direitos fundamentais.¹¹⁴

Dentro do paradigma da separação de poderes e da concepção clássica de direito administrativo, da mesma forma que a Administração Pública tinha sua atuação limitada àquilo que estava estritamente disposto em lei, a função jurisdicional limita-se tão somente a análise da correspondência do ato administrativo à legalidade. Em ou-

¹¹¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*, p. 226.

¹¹² HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*, p. 227.

¹¹³ A atuação *praeter legem* é uma espécie de postura pró-ativa frente à legislação ordinária pode se dar com a “interpretação, pela Administração Pública, de conteúdos implícitos nas normas de direitos fundamentais, ainda não revelados pela lei”. Hodiernamente, a atuação *praeter legem* ou *contra legem* (contrária à lei) é admitida e defendida no sentido de obter uma tutela administrativa efetiva, consistindo no direito do indivíduo de: (1) de obter da Administração Pública uma “tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus direitos” em prazo razoável; (2) que admita todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados para tanto, ainda que “para atender integralmente às determinações do bloco de constitucionalidade seja necessário, excepcionalmente, agir na falta de lei (*praeter legem*) ou contrariamente à lei (*contra legem*)”; (3) e que “proíbe o Estado de atuar, administrativa ou judicialmente, em prol de seus interesses secundários, quando estes forem descoincidentes com os direitos fundamentais”. HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*, p. 375.

¹¹⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013, p. 346.

tras palavras: o juiz age de forma a revisar a estrita legalidade do ato administrativo, independentemente de cumprimento ou não de direitos fundamentais.¹¹⁵

O processo, em sua concepção geral e abstrata criada também no século XIX, neutraliza a substância da própria relação processual em vida. A pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual escondeu a realidade, permitindo a construção de uma ciência processual sem olhos para o direito material. O conceitualismo e o nível de abstração do Direito Civil da época transpassaram também para o direito processual, em que se mantém a realidade afastada; as circunstâncias da vida das partes não interessam, a princípio, bem como o rol social. Para o direito processual, a parte é existente somente em seu rol processual. A abstração e neutralidade do processo são suficientes para mascarar qualquer vontade estatal, que ignorava a obviedade de que nenhum Estado é neutro.¹¹⁶

3.2. A tutela jurisdicional contra a Administração Pública no Estado Social e Democrático de Direito: ativismo judicial e a construção de técnicas processuais adequadas à satisfação do direito material

A Constituição, ao afirmar que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito” (art. 5º, XXXV, da CF), corrobora a existência de um direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva, que consiste em direito à proteção jurídica efetiva.¹¹⁷ Marinoni e Mitidiero descrevem que a propositura de uma ação é o meio pelo qual se exerce o direito à tutela adequada e efetiva, o qual deve ser analisado no mínimo sob três vieses: *do acesso à justiça, da adequação da tutela e da efetividade da tutela*. O acesso à justiça tem relação com o momento em que é possível ser proposta a ação, a abrangência da prestação da tutela jurisdicional e o custo financeiro do processo. A atividade jurisdicional brasileira incorpora a tutela dos direitos

¹¹⁵ SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário...** *Op. Cit.*, p. 120.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Jan/Dez 2006. Disponível em: <<http://goo.gl/OZkNCz>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 712.

individuais, de direitos coletivos (direitos individuais homogêneos, direitos difusos e direitos coletivos), além da sindicabilidade dos atos da Administração Pública, sendo assim considerada uma tutela jurisdicional ampla no âmbito do direito. No que tange à adequação da tutela, Marinoni e Mitidiero afirmam que o processo tem que ser “capaz de promover a realização do direito material”, revelando a necessidade de análise do direito material colocado em causa para se elaborar, a partir de então, um processo dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada a juízo.¹¹⁸

Desta maneira, somente se pode lograr a igualdade material entre as pessoas mediante a viabilidade de uma tutela jurisdicional diferenciada ao direito, que determina a previsão de procedimentos com nível de cognição apropriado à tutela do direito pretendida; de distribuição adequada de ônus da prova; de técnicas antecipatórias idôneas a distribuir isonomicamente o ônus do tempo no processo; de formas de tutela jurisdicional com executividade intrínseca; de técnicas executivas idôneas; de standards para a valoração probatória pertinentes à natureza do direito material questionado em juízo.¹¹⁹ O juiz deve, com base na legislação adequada, adaptar o processo com o propósito de proporcionar tutela adequada aos direitos. O art. 5º, XXXV, da CF, teve por objetivo deixar expresso que o direito de ação deve poder propiciar a tutela inibitória e ter a sua disposição técnicas processuais hábeis para permitir a antecipação de tutela. Assim, pode-se assegurar que o direito à tutela antecipada decorre expressamente do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, sendo uma técnica imprescindível para dar proteção ao direito fundamental de ação.

A tutela jurisdicional deve ser efetiva. É uma imposição que respeita os fundamentos do Estado Constitucional, uma vez que a força normativa do direito fica debilitada no momento em que fica desprovido de atuabilidade.¹²⁰ O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição, impondo ao legislador a instituir procedimen-

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 714.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 715.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 720.

tos e técnicas processuais eficazes, de modo a oportunizar a realização das tutelas asseguradas pelo direito material.¹²¹

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. O encontro da técnica processual adequada exige a interpretação da norma processual de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, também, para se evitar a declaração da sua inconstitucionalidade, o seu tratamento através das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.¹²²

A efetividade da tutela jurisdicional concerne ao resultado do processo, com a necessidade de o resultado da demanda espelhar o mais possível direito material, propiciando às partes tutela pelo resultado prático equivalente, em prejuízo da tutela pelo equivalente monetário.¹²³

A interpretação de acordo pressupõe que a interpretação da lei segundo os métodos clássicos tenha conduzido a duas ou mais interpretações viáveis. Nesse caso, deve-se buscar a interpretação que permita a efetiva tutela do direito.

No caso de normas abertas, à espera de concretização judicial, é óbvia a imprescindibilidade de o juiz se pautar no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O legislador é consciente da necessidade de dar aos jurisdicionados e ao juiz maior poder para a utilização do processo. É por esse motivo que cria normas processuais abertas, que oferecem um leque de instrumentos processuais, dando à pessoa o poder de construir o modelo processual adequado e ao juiz o poder de utilizar a técnica processual idônea à tutela da situação concreta. Ao fixar tais normas, o legislador parte da premissa de que, por ser impossível prognosticar todas as necessidades futuras e concretas, é substancial dar poder às partes para a identificação e a utilização dos meios processuais adequados às variadas situações. Nessa perspectiva, é certo falar

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...** *Op. Cit.*, p. 116.

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme, *Idem*, p. 118.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 721.

em concretização da norma processual, ou seja, na aplicação da norma processual no caso concreto.¹²⁴

Canotilho aponta que o direito de acesso aos tribunais é um direito fundamental formal desprovido de solidificação por intermédio de outros direitos fundamentais materiais. A interconexão entre “direito de acesso aos tribunais” e “direitos materiais” aponta para duas dimensões básicas: 1) os direitos e interesses do particular determinam o próprio fim do direito de acesso aos tribunais, mas este, por sua vez, garante a realização daqueles direitos e interesses; 2) os direitos e interesses são efetivados através dos tribunais, mas eles que fornecem as medidas materiais de proteção por esses mesmos tribunais.¹²⁵

Inserido no art. 37 da Constituição através do Poder Constituinte Derivado, o Princípio da Eficiência Administrativa, tornou-se não apenas mais um princípio da Administração Pública, mas sim, o principal e paradigmático princípio que acabou por vincular todos os demais, constituindo praticamente uma perigosa metanorma. Esse princípio passou a legitimar o Estado brasileiro, de sorte que todas as práticas no âmbito da Administração Pública passaram a ser pautadas pela lógica da relação custo-benefício eficiente.¹²⁶

Quando se fala em uma tutela judicial efetiva, refere-se a uma garantia que harmoniza de modo cabal a repartição de funções própria da separação de poderes instituída pela Constituição, ao prescrever positivamente o Poder Judiciário, no qual os juízes, como órgãos do Judiciário, são encarregados de idealizar a solução mais justa para a lide, considerando as premissas fixadas pela Constituição Federal. Isto é, ao resolver as lides à luz do sistema jurídico, a jurisdição deve concretizar os direitos fundamentais e garantir o Estado Democrático de Direito.¹²⁷ Assim, nos casos em que

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...** *Op. Cit.*, p. 118.

¹²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...** *Op. Cit.*, p. 464.

¹²⁶ JUNIOR, Julio Cesar Marcelino. O princípio constitucional da eficiência administrativa e a ética da libertação: uma leitura a partir da obra de Enrique Dussel. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007, p. 188. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 01 de julho de 2015.

¹²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia *Op. Cit.*, p. 393.

não se possa dar garantia aos direitos, o processo em si mesmo, considerado um instrumento para realização da justiça, não teria razão de ser.

A tutela judicial efetiva foi responsável por ampliar o espectro de legitimidade de atuação do magistrado para o fim de salvaguardar adequadamente, pela via processual, os direitos albergados no plano material, abandonando a tradicional concepção de juiz como “somente a boca que pronuncia as palavras da lei, os seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”,¹²⁸ justamente pelo fato de que contemporaneamente incide sobre ele a proporcionar para o jurisdicionado uma tutela efetiva, exigindo o uso de mecanismos processuais que ainda não foram criados pelo legislador ordinário. Isso se refere ao que alguns autores chamam de *ativismo judicial*,¹²⁹ nos casos em que a atividade do juiz aproxima-se com a revisão de decisões políticas (de agir ou de se abster) dos Poderes Legislativo e Executivo, deixando de acatar tais decisões dessas instituições para fazer prevalecer, contramajoritariamente, a sua própria interpretação do sistema jurídico-constitucional.¹³⁰

Assim, o ativismo judicial, para Luís Roberto Barroso, é uma intensificação na atuação judicial no que diz respeito à concretização de valores e fins constitucionais, interferindo no espaço de atuação dos outros dois poderes.¹³¹ A postura ativista se manifesta por meio de diversos comportamentos, compreendendo: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de notória e evidente violação da Constituição; (iii) a imposição de

¹²⁸ MONTESQUIEU. De l'esprit des lois (Livre XI, Chap. 6). In: **Oeuvres Complètes**. Paris: Seuil, 1964. p. 589.

¹²⁹ O presente trabalho não tem por fim esgotar todo assunto, mas, apenas para elucidar, esse cenário é alvo de críticas por parte da doutrina, com base em uma invasão injustificada do Poder Judiciário no domínio de atuação de outros Poderes, como uma prática antidemocrática, atentando à concepção jurídico-formalista. Dentre eles, ver: SARMENTO, Daniel. **O Neo-constitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Editora Fórum Ltda. – Livros Jurídicos, Licitações, Contratos, Gestão Pública. Págs. 1 a 27.

¹³⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva...** *Op. Cit.*, p. 300.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 246.

obrigações de fazer ou não fazer ao Poder Público, nomeadamente no que tange às políticas públicas.¹³²

A importância da discussão do tema do ativismo judicial no campo dos direitos fundamentais sociais repercute no crescente deslocamento das funções executivas para o Judiciário, tendo em vista a atuação insuficiente para atender a efetivação integral desses direitos. Isso resulta na secundarização da função administrativa, substituída pelas escolhas judiciais como ação corretivo-substitutiva cotidiana.¹³³ Nessa perspectiva, o judiciário torna-se principal responsável pela coerência do direito, derivando a premissa indiscutível de que “não há Estado de Direito sem um judiciário instituidor de um direito coerente”.¹³⁴

Com efeito, no que diz respeito às ações previdenciárias, o ativismo judicial é elementar para a efetividade dos direitos fundamentais, visando uma interpretação aberta que pretende privilegiar princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, justiça social, igualdade, liberdade. Assim, tem-se uma nova tendência de hermenêutica jurídica nas decisões de direito previdenciário, o que transformou o juiz no mais importante guardião da Constituição.¹³⁵ A tutela dos direitos fundamentais 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.¹³⁶

Dessa forma, para a máxima realização do direito fundamental à previdência social, o *princípio processual previdenciário da primazia do acertamento da relação jurídica de proteção social* orienta que a atividade jurisdicional destina-se primordialmente à definição da relação jurídica entre o particular e a Administração Previdenciária.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 6. Disponível em: <<http://goo.gl/jj3CZx>>. Acesso em 01 de julho de 2015.

¹³³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 23.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 170.

¹³⁵ FERRARO, Suzani Andrade. *Op. Cit.*, p. 80.

¹³⁶ SAVARIS, José Antonio. **Princípio da primazia...** *Op. Cit.*, p. 424.

ria 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.¹³⁷

O princípio da primazia do acerto, como técnica concretizadora do direito fundamental ao processo justo, torna possível à função jurisdicional a realização dos direitos de proteção social em toda a sua densidade e nos termos do constitucionalismo social. Isso demonstra que não basta que os direitos sejam previstos na Constituição: é necessário prestar a jurisdição com justiça, vinculada à Constituição e à realização do direito fundamental de proteção social em toda a sua extensão.

A relevância social da matéria consolida o argumento da função de que é lícito ao juiz adequar, de ofício, a hipótese fática ao dispositivo legal pertinente à concessão de benefício previdenciário devido. Logo, o juiz pode conciliar os requisitos do seguro a um benefício diverso do pleiteado de acordo com os dados que dispõe, adotando as soluções processuais adequadas à relação jurídica.

3.3. Reflexos das transformações da concepção de tutela jurisdicional na esfera previdenciária: a crítica da função jurisdicional como estrita revisão da legalidade dos atos administrativos previdenciários

A concepção da função jurisdicional como estrita revisão da legalidade dos atos administrativos diz respeito à restrição ao controle da legalidade do ato, em que compete ao Poder Judiciário apenas perquirir todos os aspectos de legitimidade, para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre. Não se permite ao juiz, nesta concepção, pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, caso assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de Administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, que se relaciona com

¹³⁷ IUJEF nº. 0000474-53.2009.404.7195, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator p/ Acórdão José Antonio Savaris, D.E. 09.09.2011.

conveniências do governo ou com elementos técnicos, escapa ao âmbito do Poder Judiciário, cuja incumbência, na acepção tradicional, é a de regular a conformação do ato com o direito positivado, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito.¹³⁸

Em certas situações, a lei abre espaço, em proveito e a cargo do administrador, um campo de liberdade de atuação, perante o que lhe caberá preencher, com seu juízo subjetivo e pessoal, o objeto de indeterminação normativa, com o intuito de satisfazer no caso concreto a finalidade legislativa. Fala-se, pois, em discricionariedade administrativa.¹³⁹ Por muito tempo, asseverou-se que o Poder Judiciário não era competente para realizar qualquer exame de mérito sobre os atos administrativos discricionários, posto que competiria exclusivamente à Administração Pública a criação de juízos de conveniência e oportunidade dentro do âmbito de liberdade a ela concedida por lei.

Assim, a concepção da função jurisdicional enquanto revisão de legalidade do ato administrativo desdobra-se nas correntes da *estrita revisão judicial de legalidade* e do *controle do ato administrativo a partir de uma perspectiva de efetividade processual*. Este último diferencia-se da estrita revisão uma vez que se viabiliza o reconhecimento do direito superveniente à tutela administrativa independente da legalidade do ato. Ao afastar a concepção de jurisdição como estrita revisão, é possível deixar de tornar inócuo o resultado da prestação judicial, ainda que originariamente o ato tenha indeferido a concessão de um benefício da seguridade social.

Na lição de Savaris, quando se trata a jurisdição com vistas à efetividade processual, pode-se considerar a ação judicial como novo requerimento administrativo, em termos de ficção judicial, ou seja, uma nova postulação em face do Estado. Entretanto, ainda que essa perspectiva reconheça a possibilidade de convivência entre a satisfação do direito e a legalidade do ato administrativo, tal saída não atenderia inte-

¹³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.602-603.

¹³⁹ Sobre o ato administrativo, Odete Medauar leciona que “constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.” (p. 153). No que diz respeito aos atos discricionários, a professora sustenta que “são aqueles resultantes de alguma escolha efetuada pela autoridade administrativa”, e que tal escolha “não significa liberdade absoluta; o próprio conteúdo tem de ser consentido pelas normas do ordenamento; a autoridade deve ter competência para editar; o fim deve ser o interesse público.” (p. 166). MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*

gralmente as exigências trazidas pela justiça de proteção social, vez que, verificando-se os requisitos de atendimento para a prestação social, concederia o benefício a partir da data do ajuizamento da ação e não no momento em que foram atendidos todos os pressupostos para a concessão.

No momento em que se constata que a técnica da ficção judicial não é suficiente para gerar eficácia processual de forma a atender o direito fundamental social no caso concreto, faz-se necessária a “identificação de um princípio processual que assegure o direito a um processo justo, atendendo à exigência de realização dos direitos fundamentais de proteção social.”¹⁴⁰

Nesse sentido, a limitação imposta pela concepção de função jurisdicional como estrita revisão de legalidade impossibilita a realização de direitos da seguridade social, tendo em vista que não se avalia a existência ou não do direito material reivindicado. Marinoni leciona que uma interpretação de acordo em prol de uma interpretação que, sendo capaz de atender às necessidades de direito material, confira a devida efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Assim, antes de encontrar a técnica processual adequada, o magistrado tem o dever de demonstrar as necessidades de direito material, remetendo ao encontro destes no caso, de forma a desenvolver a argumentação sobre a técnica processual sobre um discurso de direito material previamente justificado.¹⁴¹

Logo, o *princípio da primazia do acerto judicial*, como tratado anteriormente (3.2.), é o método processual adequado para sustentar o discurso de satisfação integral do direito material, uma vez que o que importa para este princípio é a definição da relação jurídica de proteção social.

3.4. O Recurso Extraordinário 631240-MG: o prévio requerimento na via administrativa como condição de proponibilidade para o acesso ao sistema judicial de proteção aos direitos da seguridade social

¹⁴⁰ SAVARIS, José Antonio. Princípio da primazia... *Op. Cit.*, p. 426.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo...* *Op. Cit.*, p. 129-130.

Com a democratização do acesso ao Judiciário, os juizados especiais federais passaram a funcionar como um “balcão” de benefícios previdenciários e outros pleitos em face do INSS. Por muito tempo, discutiu-se nos tribunais sobre a (des)necessidade de prévio requerimento administrativo como condição de acesso ao Poder Judiciário, que culminou no Recurso Extraordinário 631240-MG. O recurso foi interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que anulou a sentença do juízo de 1º grau, uma vez que esta extinguiu o feito sem julgamento de mérito em razão da falta de prévio requerimento administrativo, que descaracterizaria o interesse de agir do segurado, requerente de aposentadoria rural por idade. Discute-se no recurso, portanto, a constitucionalidade da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para propositura de ações judiciais previdenciárias, à luz das cláusulas da separação dos Poderes e da inafastabilidade da jurisdição.

A Administração Previdenciária, ao interpor o RE, alegou que o Poder Judiciário estaria invadindo as atribuições do Executivo, quando admite o ingresso da ação previdenciária sem um prévio requerimento administrativo. Aduz, ainda, que “quando a relação de direito material diz respeito a direitos subjetivos oponíveis contra a Previdência Social, incorre o magistrado em incisiva malversação do princípio da separação de poderes”.¹⁴²

Verifica-se que o interesse de agir nas ações previdenciárias está intimamente ligado ao interesse processual sob o aspecto da *necessidade* – demonstração de que a atuação do Juiz é essencial para a satisfação de uma pretensão.¹⁴³ Como já visto, a concessão de benefícios previdenciários depende de uma postulação ativa por parte do interessado.¹⁴⁴ O Supremo Tribunal Federal, em sua decisão de 03 de setembro de 2014, posicionou-se no sentido de que não se pode falar em uma ameaça ou lesão ao direito antes mesmo da formulação do pedido administrativo, ou seja, o prévio requerimento administrativo de concessão é pressuposto para que se possa acionar

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do acórdão do RE 631240-MG, p. 5. D.J. 03.09.2014.

¹⁴³ O que caracteriza o interesse processual ou interesse de agir é, em resumo, o “binômio necessidade-adequação; ‘necessidade concreta da atividade jurisdicional e adequação de provimento e procedimento desejados” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**, 7.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 406).

¹⁴⁴ Cf. tratado no ponto 3.2.

legitimamente o Poder Judiciário.¹⁴⁵ Logo, Luis Roberto Barroso, ministro relator, sustentou a tese de que a lesão ao direito decorrerá, por exemplo, da análise efetiva e do indeferimento total ou parcial do pedido, ou da excessiva demora em sua apreciação. Todavia, não deve ser exigido quando a peculiaridade da situação particular do segurado indique que será excessivamente dispendioso, difícil ou improdutivo.

Até a decisão do Supremo, não havia entendimento pacífico com relação à matéria no âmbito dos Juizados Especiais Federais, nos Tribunais Regionais Federais ou no Superior Tribunal de Justiça, flutuando entre a dispensa do prévio requerimento, seu condicionamento parcial, até a exigência para todo e qualquer caso.¹⁴⁶

É necessário destacar que há um grande desconhecimento dos beneficiários quanto aos seus direitos. Não obstante, há o descaso do órgão concessor, que, mesmo detendo todas as informações necessárias que poderiam levar à concessão de um benefício previdenciário, sumária e desinteressadamente indefere a prestação. Assim, tem-se uma individualização dos direitos sociais, em que um sujeito de direitos age estrategicamente na busca dos seus interesses privados.

A tutela administrativa subjetivada é voltada às condutas positivas arbitrárias da Administração, limitando-se a proteger apenas o sujeito individual e os seus interesses tutelados na forma de direitos subjetivos, sempre pela via jurisdicional, deixando de se preocupar com a construção de mecanismos administrativos e judiciais voltados à realização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale dizer: a proteção de interesses jurídicos transindividuais e, por conseguinte, o dever objetivo de a Administração tutelar e possibilitar a fruição universalizada e coletiva dos direitos sociais, a despeito de qualquer lesão direta à esfera jurídica de interesse de um indivíduo determinado. Dessa visão individualista resulta o incremento da

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do acórdão do RE 631240-MG, p. 6. D.J. 03.09.2014.

¹⁴⁶ VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. Prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário em matéria previdenciária. RE 631240-MG – repercussão geral. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.62, out. 2014, p. 2. Disponível em: <<http://goo.gl/Oaa4yY>>. Acesso em: 02 de junho de 2015.

judicialização, o ativismo judicial e, em última análise, a inadequada tutela fragmentária e insuficiente dos direitos sociais.¹⁴⁷

O que se verifica na situação atual é que a péssima qualidade dos serviços prestados pelo INSS gera um excesso de processos judiciais previdenciários. Isso ocorre em razão de: notórias recusas injustificadas de protocolo de requerimento administrativo; indeferimentos sumários e desmotivados; desinformação aos segurados e dependentes acerca de seus direitos; ausência de desenvolvimento válido do processo administrativo, seja em razão da não realização de justificação administrativa quando a entidade avalia insuficiente a prova documental oferecida pelo segurado, seja pela falta de espaço para comprovar seu direito por meio de todas as provas admitidas em direito.

Dessa forma, a limitação imposta pelo RE 631240-MG de acesso ao Judiciário resulta em uma medida de contenção do acesso exagerado ao Poder Judiciário, restando evidente que a Administração Previdenciária ainda carece de outras medidas para racionalizar as ações previdenciárias. A existência da possibilidade de ingresso de ações previdenciárias utilizando o instituto da assistência judiciária gratuita¹⁴⁸ é outro atrativo para que beneficiários pleiteiem direitos seus no judiciário sem que se seja observado um mínimo de consequências negativas.¹⁴⁹

De mais a mais, o Judiciário não tem a estrutura necessária para atuar paralelamente ao INSS como instância originária de recepção e processamento de benefícios. Ainda que a instância administrativa apresente falhas e carências, é gratuita e é integrada por servidores especializados na matéria. A submissão direta de casos ao Poder Judiciário sem prévia análise administrativa acarreta grande prejuízo ao Poder Público, uma vez que sobrecarrega ainda mais os órgãos judiciais competentes para apreciar esse tipo de pretensão. Assim, a falta de prévio requerimento administrativo de concessão deve implicar a extinção do processo

¹⁴⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. *Idem*, p. 9.

¹⁴⁸ Instituída pela Lei n° 1.060/1950, a assistência judiciária gratuita é um benefício prestado às pessoas desprovidas de recursos para custear um processo judicial. Considera-se necessitado aquele que possua situação econômica que não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

¹⁴⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. *Op. Cit.*, p. 10.

judicial sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir. Se o autor vai diretamente a Juízo, sem uma prévia provocação da Administração Previdenciária, não há uma informação de que houve uma contestação do pedido, incorrendo o interesse de agir. Entretanto, isso não quer dizer que se passa a exigir o esgotamento da via administrativa, mas sim uma apresentação da resistência do INSS à pretensão de concessão do benefício previdenciário requerido previamente na esfera administrativa.

Tendo a decisão de mérito em sede de repercussão geral uma vinculação vertical e caráter erga omnes,¹⁵⁰ entende-se que, a nova exigência, além de moderar o acesso ao Judiciário, representa o início de uma reforma no âmbito da Autarquia Previdenciária, dado que a decisão do Supremo reclama uma atuação da Autarquia a fim de que sejam realizadas as funções que a legislação impôs, com a intervenção do Judiciário somente nos casos em que a Administração Pública demonstrou não ser capaz de atender ao pedido do administrado. Ainda que a precarização dos serviços previdenciários exista, o advento da decisão em RE é um passo para lograr a tão almejada eficiência nas relações entre Administração e segurados.

¹⁵⁰ Assim é reiteradamente o entendimento do STF: “1. As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no momento do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia. 2. Cabe aos juízes e aos desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao sistema judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema. (...)” (Rcl. nº 10.793/SP, Min. Ellen Gracie).

CONCLUSÃO

Ao longo da realização desta monografia, foram diversas as conclusões a que se pôde chegar, motivo pelo qual se prefere resgatar somente algumas das questões de maior relevância para o desenlace do trabalho.

1. Para poder se compreender a regulação jurídica da seguridade social, é importante realizar um panorama histórico sobre a emergência das políticas sociais no Brasil. Não há um consenso entre os autores sobre a data do surgimento da previdência social no país, mas considera-se oficialmente o marco inicial da previdência a promulgação da Lei Eloy Chaves em 1923. A década de 1930 foi essencialmente emblemática no que tange aos direitos trabalhistas. Porém, o desenvolvimento maior veio com a grande reforma do Estado nos anos 80 acelerada pela recessão capitalista, interferindo de modo crucial nas conquistas da seguridade social.

2. O advento da Constituição Federal de 1988 consagrou um verdadeiro compromisso com a recepção dos direitos humanos consagrados no cenário internacional, com a inserção dos direitos fundamentais pela primeira vez no ordenamento jurídico. O nascimento de novos direitos impôs a necessidade de revisão da configuração do Estado, que passou a implementar políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais expressam princípios que exigem que o indivíduo possa se desenvolver livre e dignamente na sociedade.

3. A existência de um direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais pressupõe a decorrência de ao menos outros cinco direitos fundamentais, dentre eles a previdência social. Assim, o Estado deve observar a garantia do mínimo existencial como piso mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais, sendo tal garantia complementar ao desenvolvimento dos demais direitos fundamentais, consistindo em um dos instrumentos para assegurar o núcleo essencial da dignidade humana.

4. A Constituição de 1988 consagrou um autêntico sistema de seguridade social a partir do tripé previdência-assistência-saúde, consolidando um regime constitucional

formatado para atender a padrões adequados de bem-estar social, com o intento de assegurar a todos uma vida digna e saudável. O direito fundamental à proteção social está protegido por inúmeros princípios. Dentre eles, o princípio da proibição do retrocesso, que consagra que uma vez atingidos níveis de concretização, não são passíveis de ulterior redução ou supressão pelo Estado.

5. Os direitos sociais encontram alguns empecilhos na doutrina para serem considerados fundamentais. Entretanto, admiti-los como direito fundamental é uma necessidade, uma vez que a proteção social é o meio necessário e eficaz de garantia de uma existência digna.

6. O sistema previdenciário funda a sua realização em dois traços: a compulsoriedade da filiação e a contributividade para acesso aos benefícios. Logo, a concessão de determinados benefícios se dá nos limites da previsão legal, visando à cobertura dos riscos sociais que são crescentes na sociedade pós-moderna.

7. A realização do direito fundamental à previdência social reclama uma prestação material do Estado, sendo um direito subjetivo sindicável. Assim sendo, o caráter dirigente impresso na Constituição Federal impõe uma postura prestacional à Administração Pública, de maneira a satisfazer os direitos sociais, sem que seja necessária uma prévia postulação por parte do cidadão que tenha seu direito material lesado.

8. O sistema previdenciário brasileiro é gerido pelo INSS, autarquia federal criada em 1990, responsável pela administração dos benefícios previdenciários. A filiação ao sistema decorre automaticamente da atividade remunerada. Assim, ao ocorrer uma hipótese cabível na norma previdenciária, o ente fica obrigado a conceder a prestação prevista em lei.

9. O potencial segurado do INSS acaba encontrando inúmeras dificuldades na tentativa de obter seu benefício. Apesar de se existir o dever fundamental de prestar as devidas orientações para que o cidadão possa gozar da proteção social a que faz jus, os servidores da autarquia desinteressada e injustificadamente indeferem benefícios, verificando-se uma ofensa de princípios constitucionais norteadores da Administração Pública. Além disso, também se verifica a demora injustificada e

irregular na análise do pedido administrativo, caracterizando uma inconstitucionalidade. Tais condições fazem com que o ente administrativo se consolide para o contribuinte como um entrave à obtenção de uma prestação da seguridade social.

10. O processo administrativo deve ser a forma prioritária para se pleitear frente à Administração Pública, em virtude do informalismo: como a Administração visa à verdade material, e as impugnações e solicitações são, na grande parte dos casos, redigidas pelos próprios interessados, não é razoável exigir-se dos mesmos grande apuro técnico, o que caracterizaria uma verdadeira limitação de direitos. A verdade dos fatos impõe a aceitação de qualquer prova idônea para permitir a identificação da realidade dos fatos, diferentemente do processo judicial, que se restringe à verdade formal. A partir desse princípio, novas provas no decorrer do processo podem gerar decisões mais favoráveis ao administrado.

11. Ao se analisar a origem do Direito Administrativo, verifica-se uma forte influência dos ideais liberais do século XIX, em que se caracterizou pela atribuição de um papel neutro ao Estado, que estava autorizado a intervir somente para garantir a ordem e a harmonia, alicerçado em um rígido positivismo. As omissões administrativas não eram admitidas como objeto em ação judicial: a função jurisdicional era executada somente no sentido de analisar e revisar as decisões já tomadas pela Administração que eram contrárias a lei. Assim, a atuação da Administração Pública ficou amarrada à uma visão do princípio da legalidade, em que não se admitia uma atuação sem previsão expressa de lei formal, ainda que tivesse a finalidade de concretizar comandos constitucionais.

12. A necessidade de se tornar a tutela jurisdicional efetiva oportunizou a utilização de técnicas processuais adequadas à proteção do direito material pleiteado, que ainda não foram criadas pelo legislador. Assim, legitima-se o ativismo judicial, em que o juiz é encarregado de idealizar a solução mais justa para a lide, aproximando-se com a revisão de decisões políticas dos Poderes Executivo e Legislativo, para fazer prevalecer a própria interpretação do sistema jurídico-constitucional. O ativismo judicial se revela como um importante instrumento para atender a efetivação integral

dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista a atuação insuficiente da Administração Pública. No mesmo sentido, o princípio da primazia do acerto da relação jurídica de proteção social é uma técnica concretizadora do direito fundamental ao processo justo, tornando possível à função jurisdicional a realização dos direitos de proteção social em toda a sua densidade e nos termos do constitucionalismo social.

13. Nesse sentido, a concepção da função jurisdicional como estrita revisão de legalidade dos atos administrativos previdenciários não é suficiente para gerar eficácia processual de forma a atender o direito fundamental social no caso concreto, fazendo-se necessária a identificação de um princípio processual que assegure o direito a um processo justo, atendendo à exigência de realização dos direitos fundamentais de proteção social.

14. A discussão constante nos tribunais sobre a necessidade ou não de prévio requerimento administrativo culminou no Recurso Extraordinário 631240-MG, em que o STF decidiu que o requerimento administrativo é uma condição da ação que pleiteia benefícios previdenciários, uma vez que apenas com a resistência da autarquia em conceder o benefício é que se configura a pretensão resistida, e assim, o interesse de agir.

Diante do exposto, conclui-se que o Judiciário não é o meio mais eficaz a proporcionar a promoção efetiva do direito fundamental à previdência social. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais é, de fato, imprescindível, tanto em sua via individual quanto coletiva. Entretanto, por estar mais próxima ao cidadão, a função administrativa se mostra como o meio mais idôneo a propiciar a promoção efetiva desses direitos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BALERA, Wagner. **Processo administrativo previdenciário: benefícios**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Sistema de seguridade social**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 52, 1999.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://goo.gl/0psS88>>. Acesso em 01 de julho de 2015.

_____. **O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BENDA, Ernest. Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad. In: Benda, Ernest et alli, **Manual de Derecho Constitucional**, 1996.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Agências do INSS não seguem decisões da Justiça**. Disponível em: <<http://goo.gl/cm4edk>> Acesso em 15 de julho de 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **INSS lidera número de litígios na Justiça**. Disponível em: <<http://goo.gl/cP0VaL>>. Acesso em 15 de julho de 2015.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Agendamento de atendimento**. Disponível em: <<http://goo.gl/AOOW2A>>. Acesso em 20 de Janeiro de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1999.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 149.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 12ª edição, Florianópolis, Conceito Editorial, 2010.

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, 2002. Disponível em: <<http://goo.gl/erO7u9>>. Acesso em janeiro de 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: Editora Método, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**, 7.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FERRARO, Suzani Andrade. O ativismo judicial como instrumento de interpretação e efetivação do Direito Previdenciário como Direito Fundamental Social. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, nº 21, Jun-Jul/2014.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.

_____. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária.** Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social como direito fundamental. **Revista EPD**, v. 5, p. 187-219, 2008.

_____. **Curso de direito previdenciário.** 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de direito previdenciário.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

JUNIOR, Julio Cesar Marcelino. O princípio constitucional da eficiência administrativa e a ética da liberação: uma leitura a partir da obra de Enrique Dussel. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 01 de julho de 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Jan/Dez 2006. Disponível em: <<http://goo.gl/OZkNCz>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

_____. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. **Teoria Geral do Processo.** 7. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARRARA, Thiago (Coord.). **Direito administrativo: transformações e tendências.** São Paulo: Almedina, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 17ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada: com súmulas e julgados selecionados do STF e de outros tribunais.** 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 19ª ed. São Paulo: Imprensa, 1994.

MONTESQUIEU. De l'esprit des lois (Livre XI, Chap. 6). In: **Oeuvres Complètes**. Paris: Seuil, 1964.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOTA, Ana Elizabete. **Cultura da Crise e Seguridade Social** - Um estudo sobre as tendências da Previdência e da Assistência Social Brasileira nos anos 80 e 90. São Paulo: Cortez, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://goo.gl/NI4ANG>>. Acesso em abril de 2015.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial**. Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo en el siglo XXI. **Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña**, nº 13, A Coruña, Universidade da Coruña, p. 627-643, 2009.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à lei orgânica da previdência social**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1967-1968. 2 v.

_____. **Curso de previdência social**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **O Neo-constitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Editora Fórum Ltda. – Livros Jurídicos, Licitações, Contratos, Gestão Pública.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 5. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

_____. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. **Revista de Doutrina da 4ª**

Região, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/w1NsuU>>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

_____. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 46, fev. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/9vR0ZG>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para a superação da prática utilitarista**. Florianópolis: Conceito, 2011.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Limitações à invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SOUZA, Rafael Soares. **Justiça Administrativa: o sistema brasileiro**. Dissertação de mestrado. USP, 2014.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 9a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. Prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário em matéria previdenciária. RE 631240-MG – repercussão geral. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.62, out. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/Oaa4yY>>. Acesso em: 02 de junho de 2015.