

PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE E VERDADE MATERIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO: COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL

***PRINCIPLE OF OFFICIALITY AND REAL TRUTH IN THE
SOCIAL SECURITY PROCESS: PROOF OF EXERCISE OF
RURAL ACTIVITY***

Ruy de Ávila Caetano Leal
Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal), Graduado em Direito
pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG e Especialista em Direito
Público pela Universidade Federal de Brasília - UnB.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os princípios da verdade material (ou real) e oficialidade no processo administrativo brasileiro; 2 o processo administrativo previdenciário e a comprovação da atividade rural para fins de aposentadoria por idade; 3 Breve comparação entre os meios de produção de provas no processo administrativo e no judicial; 4 Das falhas na instrução probatória administrativa: críticas e implicações; 5 A justificação administrativa vista sob a ótica da discricionariedade administrativa; 6 Hipóteses em que a justificação administrativa torna-se obrigatória; 7 Conclusão. Referências.

RESUMO: O trabalho discute aspectos sobre a adoção do princípio da verdade material (ou real) e do sistema inquisitorial de produção de provas no âmbito do processo administrativo previdenciário, ressaltando sua importância na comprovação do trabalho rural para fins de concessão da aposentadoria por idade. Propõe uma participação ativa do Administrador Público na busca da verdade, situando sua atuação no âmbito das competências discricionárias. Analisa os meios de prova de que dispõe a Administração para se atingir esta finalidade, estabelecendo critérios para sua utilização e definindo as situações em que a adoção de determinados procedimentos passa a ser a única solução juridicamente possível.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da verdade material (real) e oficialidade. Processo Administrativo Previdenciário. Comprovação de Atividade Rural. Meios de Prova. Discricionariedade administrativa.

ABSTRACT: This essay discusses aspects of the adoption of principles of real truth and the inquisitorial system of production of evidence in administrative proceedings of social security, emphasizing its importance in the proof of rural employment for purposes of granting retirement by age. Proposes an active participation of the Public Administrator in the pursuit of truth, placing its performance within the discretionary powers. Examines the evidence available to the Administration to achieve this purpose, and establish criteria for its use; defining the situations in which the adoption of certain procedures become the only solution legally possible.

KEYWORDS: Principle of Material Truth (real) and Officiality. Social Security Administrative Process. Evidence of Rural Activity. Means of Evidence. Administrative Discretion.

INTRODUÇÃO

Estudos realizados no âmbito das ciências sociais e da economia apontam que a ampliação do número de beneficiários da previdência social e programas assistenciais tem sido importante fator de geração de renda e redução da pobreza no Brasil.

Segundo AUGUSTO e RIBEIRO¹, as economias das pequenas cidades e comunidades rurais são dinamizadas com renda gerada pelos benefícios previdenciários, pois o dinheiro recebido pelo aposentado é gasto totalmente nos comércios locais, gerando empregos, crescimento dos estabelecimentos, maior movimentação financeira etc.²

Utilizando-se dos estudos de Álvaro Sólón de França³ os autores demonstram que a maioria dos municípios brasileiros (63,17%) apresentam um volume de recursos oriundos de benefícios previdenciários maior do que os repasses do Fundo de Participação dos Municípios. Além disso, revelam que em 4.399 municípios do país (79% do total), os benefícios previdenciários pagos superam a arrecadação do INSS local.

Isso gera para o Instituto Nacional do Seguro Social o dever de administrar adequadamente os processos de concessão e manutenção de benefícios, de modo a garantir a eficiência da gestão previdenciária. Sob este aspecto sempre estarão em jogo duas necessidades, de um lado, a de se coibir as costumeiras tentativas de fraude, e de outro, a de garantir a prestação previdenciária àqueles que já exerceram ou exercem atividades remuneradas cobertas pelo seguro social, mas que,

-
- 1 AUGUSTO, Helder dos Anjos; RIBEIRO, Eduardo Magalhães. O envelhecimento e as aposentadorias no ambiente rural: um enfoque bibliográfico. *Organizações Rurais e Agroindustriais/Rural and Agro-Industrial Organizations*. Minnesota, vol. 7, n. 2, mai-ago. 2005. Disponível em: <<http://purl.umn.edu/43982>>. Acesso em: 12 nov. 2009. p. 205-206.
 - 2 “O aposentado rural constitui “figura chave” na manutenção da família alargada, pois com as adversidades da lavoura e do emprego urbano, a única esperança da família é depositada no idoso aposentado que, com seu pequeno benefício mensal, consegue abastecer o lar. A família do aposentado rural obtém, com o benefício, uma certa ascensão social, pois consegue melhoria quantitativa e qualitativa nas condições de vida e de trabalho” (AUGUSTO, Helder dos Anjos; RIBEIRO, Eduardo Magalhães. *O idoso rural e os efeitos das aposentadorias rurais nos domicílios e no comércio local: o caso de Medina, Nordeste de Minas*. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, 15º, 2006, Caxambu. Anais... Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_316.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2009. p.14)
 - 3 FRANÇA, A. S. de. *Previdência Social e a economia dos municípios*. Brasília, DF: ANFIP, 2002. Apud AUGUSTO; RIBEIRO, 2005, p. 206.

por falta de registro formal, não possuem muitos instrumentos para comprovar o tempo de serviço.

Para equilibrar a tensão entre estas duas realidades o processo administrativo previdenciário deve ser instrumento de apuração da verdade real, sobretudo no que diz respeito aos pedidos de aposentadoria por idade de trabalhador rural, cujos critérios de comprovação do trabalho são mais flexíveis.

Neste diapasão, o presente trabalho procurará abordar alguns aspectos relacionados com a adoção do princípio da verdade real no âmbito do processo administrativo previdenciário, apontando alguns problemas de ordem prática que redundam em falhas na instrução probatória do processo administrativo, o que, aliado a outros fatores, conduz ao incremento do número de demandas judiciais envolvendo o tema.

1 OS PRINCÍPIOS DA VERDADE MATERIAL (OU REAL) E OFICIALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O Direito Administrativo brasileiro vive hoje um importante momento de transformação em seu eixo metodológico. Os administrativistas contemporâneos, influenciados pelos ideais pós-positivistas, buscam adequar a função administrativa aos anseios de uma nova sociedade mais justa, solidária, participativa e ciente de seu papel no processo de criação do direito e implementação de políticas públicas. Nos dias de hoje não mais se admite que a Administração Pública atue de forma descomprometida com os valores e objetivos gravados em nosso texto constitucional.

Exige-se, portanto, do administrador público que as rotinas administrativas, geralmente desencadeadas por meio de processos, sejam eficientes e voltadas a atender finalidades estabelecidas pela lei, não se tornando um fim em si mesmo. Essa natureza instrumental do processo, que se trabalha a bastante tempo no âmbito do direito processual civil, deve ser transportada para o âmbito do direito administrativo, garantindo ao gestor público os meios necessários para a concretização de valores constitucionalmente consagrados.

Ao tratar da instrumentalidade no âmbito do processo judicial, Luiz Guilherme Marinoni⁴ afirma que o processo não é mais apenas um instrumento voltado à atuação da lei, mas sim um instrumento

4 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. v. 1, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 405.

preocupado com a proteção dos direitos, já que a lei deve ser compreendida na dimensão dos direitos fundamentais.

Essa é uma postura que o Poder Público deve trazer para si, assimilando-a no processo administrativo. Sobretudo porque o constituinte derivado, desde a Emenda constitucional n.º19/1998, procurou substituir o modelo weberiano de gestão administrativa burocrática pelo modelo gerencial, calcado no princípio da eficiência, com a preocupação de que o Estado pudesse tratar adequadamente das questões relevantes.

A função administrativa consiste justamente na aplicação da norma jurídica ao caso concreto, e de ofício, por isso as potestades administrativas são outorgadas a determinado agente exclusivamente para atender à finalidade da lei e satisfazer ao interesse público nela instituído. Neste sentido, a Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, criou alguns critérios a serem observados pelo administrador, dentre eles o de que a interpretação da norma deve ser feita de forma que melhor atenda ao fim público a que se dirige (art. art. 2º, parágrafo único, inciso XIII)

Para isso, ao ser formulado o requerimento de benefício previdenciário, deve a Administração instaurar o respectivo processo administrativo e cuidar de sua impulsão, adotando as medidas necessárias para aferir se estão ou não presentes os requisitos para sua concessão. Essa é uma exigência que se extrai do princípio da oficialidade, inserido no direito positivo por meio da Lei n.º 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, inciso XII.

Daí o Prof. Célio Rodrigues da Cruz afirmar que “*a finalidade do princípio da oficialidade é proporcionar uma atuação diligente da Administração, em busca de uma decisão final que corresponda à realidade dos fatos*”⁵, relacionando-o com o princípio da verdade material⁶.

De acordo com o princípio da verdade material (ou real), a instrução probatória do processo administrativo deve ser feita de forma

5 CRUZ, Célio Rodrigues da. *Texto-base 3: Processo administrativo sancionador e extinção das penalidades*. Brasília, DF: CEAD/UnB, 2009. p.13. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público).

6 Quando se fala em busca da verdade real ou material, não se pode ter a pretensão de reconstruir no processo, os fatos da exata maneira como ocorreram. Por mais que o administrador ou juiz se esmerem nesta busca, será um objetivo inatingível, de maneira que a verdade real a que se refere no presente trabalho, por mais fiel que possa parecer, será imperfeita.

que os autos traduzam a realidade dos fatos com a maior fidelidade possível. Tal tarefa caberá ao administrador, que tem o dever de adotar postura ativa na instrução do feito, seguindo modelo inquisitorial de produção de provas. Logo, o arcabouço regulamentar a que se submete o agente público deve permitir a ampla produção de provas, em prol não apenas dos interesses do administrado, mas como garantia de que a lei será bem aplicada⁷.

No âmbito dos processos judiciais, discute-se muito sobre o papel das partes e do magistrado na atividade probatória. Em alguns países se adota um sistema baseado no princípio dispositivo, cabendo aos interessados a produção das provas que lhe favorecem, ficando o juiz com a tarefa de apreciar o conjunto probatório sem maiores ingerências. Já em outros prevalece o sistema inquisitorial, em que o juiz tem participação ativa na instrução processual, determinando, de ofício, a produção desta ou daquela prova.

De acordo com a doutrina de Humberto Theodoro Júnior, há no processo civil moderno uma crescente valorização do princípio da verdade real e, evidentemente, uma tendência maior ao sistema inquisitorial. O resultado desta evolução é muito bem explicado no trecho que se transcreve a seguir:

O processo evoluiu do conceito privatístico que o primitivo direito romano forjara (*ordo iudiciorum privatorum*) para um caráter acentuadamente publicístico. A função da jurisdição deixara de ser apenas a de propiciar instrumentos aos litigantes para solução de seus conflitos, passando a desempenhar relevante missão de ordem pública na pacificação social sob o império da lei.

Nesse processo moderno o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua. Todos agem, assim, em direção ao escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação social. A eliminação dos litígios, de maneira legal e justa, é do

7 A participação ativa do administrador na produção das provas é medida que se alinha ao interesse público primário, que consiste no resguardo à ordem jurídica, não podendo o interesse do administrador se sobrepor aos imperativos legais. Neste ponto, vale destacar trecho de artigo do Procurador Federal Danilo Cruz Madeira, segundo o qual “os interesses secundários da Administração somente podem ser atendidos na medida em que coincidam com os primários. São, como o próprio *nomen iuris* indica, secundários. Nesse sentido, poder-se-ia, inclusive, abandonar a distinção entre os interesses primários e secundários, porquanto, na verdade, há apenas um interesse a ser visado pelo Estado – o público.”(MADEIRA, Danilo Cruz, *O papel da advocacia pública no estado democrático de direito*. Revista Virtual da AGU, Brasília, n.º107, dezembro, 2010, p.20.)

interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio.

Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito.⁸

Embora alguns juízes ainda adotem uma postura conservadora e ultrapassada a respeito do tema, assistindo ao processo como expectador, no processo administrativo não tem vez o princípio dispositivo.

O papel da autoridade pública encarregada de proferir a decisão administrativa abrange, também, a condução da atividade probatória de maneira ativa. A Lei n.º 9.784/99 prestigiou este tipo de conduta e inseriu no ordenamento jurídico algumas regras importantes neste sentido. O referido diploma, por exemplo, afastou expressamente os efeitos da revelia no processo administrativo, estabelecendo que o desatendimento da intimação não importa em reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado (art.27).

Além disso, o art. 29 foi expresso no sentido de que a atividade de instrução destinada a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realiza-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo.

O legislador, portanto, exigiu do Administrador uma postura inquisitiva, enaltecendo os princípios da oficialidade e da busca pela verdade real, sendo este o enfoque da discussão daqui por diante, no que diz respeito ao processo administrativo previdenciário.

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova. Princípio da verdade real. Poderes do Juiz. Ônus da prova e sua eventual inversão. Provas ilícitas. Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 03, out/nov/dez. 1999. Disponível em: <<http://www.htj.com.br/noticias.php?ac=detalhes&id=173>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO E A COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL PARA FINS DE APOSENTADORIA POR IDADE

A Constituição da República de 1988, ao tratar do Sistema da Seguridade Social, trouxe regras específicas para a cobertura previdenciária do trabalhador rural, ampliando o rol de beneficiários. Por meio do texto constitucional foram corrigidas distorções outrora existentes no sistema, sobretudo no que diz respeito à participação da mulher no trabalho rural e sua cobertura securitária.

A legislação ordinária que lhe sobreveio, por sua vez, facilitou a proteção securitária dos camponeses, alterando critérios de custeio para algumas categorias de trabalhadores rurais e criando menores exigências para a comprovação do exercício de atividade rurícola, permitindo melhor distribuição de renda e inclusão social no meio rural.

Neste sentido, foram inseridas na Lei 8.213/91 algumas regras que permitem ao trabalhador rural a obtenção da aposentadoria por idade sem a comprovação do recolhimento de contribuições, bastando apenas demonstração de efetivo labor rural por período idêntico à carência exigida para o benefício. Tais regras estão contidas no art. 48, §2º, que trata da redução da idade mínima em 05 anos para o trabalhador rural; art. 39, inciso I, que dispõe sobre a aposentadoria por idade do segurado especial; e art. 143, que institui regra de transição que estende a flexibilização dos requisitos aos trabalhadores rurais empregados e eventuais.

Apesar do tratamento diferenciado dispensado aos trabalhadores rurais, no sentido de facilitar a concessão do benefício de aposentadoria por idade, a lei previdenciária promoveu a tarifação dos meios de prova para demonstração do tempo de serviço. A norma contida no art. 55, §3º da Lei 8.213/1991 exige que a referida comprovação seja lastreada pelo menos em início de prova material, conforme disponha o Regulamento, o que se aplica tanto ao trabalho rural, como ao urbano.

Por outro lado, o art. 106, da mesma Lei, fez previsão sobre os documentos necessários para que seja admitido tempo rural, para efeito de concessão de benefício previdenciário, quais sejam: contrato de trabalho ou Carteira de Trabalho; contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; declaração fundamentada do sindicato que represente o trabalhador rural, desde que homologada pelo INSS;

cadastro no INCRA para produtores em regime de economia familiar; bloco de notas de produtor rural; entre outros.

Já o Regulamento da Previdência Social (Decreto n.º 3.048/1999), em seu art. 62, estabeleceu que a prova do tempo de serviço deve ser feita a partir de documentos que comprovem o exercício de atividade nos períodos a serem contados, devendo esses documentos ser contemporâneos dos fatos a se comprovar, mencionando as datas de início e término do vínculo de trabalho.

Os documentos previstos nos dispositivos analisados consistiriam em prova plena da atividade rural, e se distinguem do início de prova material a que se refere o §3º, do art. 55, da Lei 8.213/91. Por mais incipiente que este seja, sua presença é indispensável para a comprovação do tempo de serviço.

Por exemplo, as declarações de tempo de serviço emitidas em momento posterior aos fatos nelas mencionados, quando desacompanhadas de outros elementos probatórios concretos, não podem ser aceitas como início de prova material. Apesar de exteriorizadas em papéis, não se diferenciariam de testemunhos e entrevistas. Daí a exigência contida no art. 62, § 3º do Regulamento da Previdência Social, no sentido de que as declarações sejam lastreadas em outros registros existentes e acessíveis à fiscalização⁹.

Entretanto, ao longo dos anos nossos tribunais deram às regras acima citadas uma interpretação bastante flexível, dada a dificuldade encontrada pelos trabalhadores rurais em reunir documentação para comprovar seu tempo de serviço. É o que se convencionou chamar solução *pro misero*, passando-se a admitir como início de prova material alguns documentos como as certidões do registro civil, ou equivalentes, nos quais constem a qualificação do segurado, seu cônjuge ou ascendente como trabalhador rural.

Os Tribunais sagraram o entendimento de que este início de prova material, quando complementado por robusta prova testemunhal, seria suficiente para a comprovação da atividade rural a que se refere o inciso I e parágrafo único do art. 39, bem como, o §2º, do art. 48, e do art. 143, todos da Lei 8.213/1991.

9 BRASIL, Advocacia-Geral da União. Parecer/CJ n.º 3.136, de 23 de setembro de 2003.

A flexibilidade conceitual que se estabeleceu em torno do início de prova material ganhou corpo no âmbito da Advocacia-Geral da União e foi consolidada no âmbito da Advocacia-Geral da União por meio do enunciado da Súmula AGU n.º 32.

A referida súmula tardou para ser editada, pois se tratava de matéria não mais controvertida no âmbito das lides previdenciárias. A Portaria n.º 6.097/2000, do então Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) já autorizava, quase dez anos antes, a não interposição ou desistência de Recursos Especiais quanto à utilização de certidões de registro civil, eleitoral ou militar e de escrituras de propriedade rural como início razoável de prova material para comprovação de atividade rural. Da mesma forma, a Instrução Normativa INSS/Diretoria Colegiada n.º 84, de 17.12.2002, em seu art. 127, § 1º, permitia que tais documentos fossem aceitos como início de prova material da atividade rural, aptos a embasar as declarações de sindicatos previstas no art. 106, da Lei 8.213/91. E, por fim, o Parecer CJ n.º 3.136/2003 veio dissipar qualquer dúvida sobre o tema.

De se ressaltar que o entendimento, primitivamente, foi concebido para alcançar a situação do produtor rural que trabalha em regime de economia familiar, mas foi ampliado para os trabalhadores empregados e volantes, também denominados “bóias-fria”. Isto porque a prestação de serviços a terceiros no meio rural, seja sob regime de emprego ou não, é marcada pela informalidade, da mesma forma como esta atinge os segurados especiais.

O mencionado parecer trata muito bem da delicada tarefa da Administração Pública que consiste em, por um lado, garantir a prestação previdenciária de forma satisfatória e, por outro, garantir a segurança jurídica.

Todas as questões relativas à comprovação de tempo de atividade rural apresentam-se, no mais das vezes, dentro de um delicado contexto no qual se contrapõem, de um lado, a necessidade - constitucionalmente configurada - de se conferir proteção a expressiva parcela de trabalhadores do país e, de outro, a incontornável exigência de segurança jurídica na obtenção de meios de prova num ambiente em que, ainda hoje, é notório o primitivismo quanto à formalização das relações de trabalho.¹⁰

10 op.cit.

A jovem e respeitada doutrinadora Raquel Carvalho ensina, também, que a Administração Pública não pode atuar divorciada da realidade fática que envolve a sociedade em determinado contexto histórico. Esse, aliás, é o ponto central dos trabalhos da sociologia jurídica, o Direito não pode se afastar do substrato social, sob pena de ilegitimidade.

Essa aproximação direito/sociedade seria uma exigência imposta pelo princípio da realidade, que se relaciona com o princípio da segurança jurídica, não podendo a Administração ignorar a o arcabouço fático em que estão inseridos seus administrados. Vale transcrever a lição:

À obviedade, a sujeição da Administração aos fatos reais evita a insegurança social, pois é assegurado aos cidadãos que a incidência da norma administrativa na ignorará a realidade em que se inserem. Assim sendo, evidenciar a veracidade das circunstâncias fáticas que envolve a conduta pública é tarefa essencial do Estado e daqueles que exercem o controle de juridicidade dos seus comportamentos. Qualquer desvio na fidelidade a estas circunstâncias caracteriza violação grave do regime administrativo, merecedora de repulsa radical do ordenamento jurídico.¹¹

A informalidade é uma realidade marcante nas relações de trabalho em nosso país, um constante foco de insegurança jurídica que deve ser enfrentado por uma Administração Previdenciária bem adaptada e dotada dos meios adequados para minimizar esta instabilidade social.

A autoridade previdenciária, portanto, deve conduzir o processo administrativo de concessão de benefícios atenta às circunstâncias empíricas que permeiam as relações de trabalho no campo. Os meios de prova utilizados devem estar aptos a enfrentar a questão da informalidade, sobretudo para desencadear ações fiscalizatórias que possam coibir o descumprimento de obrigações trabalhistas pelos empregadores. A prova testemunhal, por exemplo, não deve ser desprezada.

A grande problemática que cerca o assunto reside no grau de robustez que se deve exigir da prova testemunhal, a fim de que esteja apta a complementar a documentação apresentada como início de prova material. Questiona-se, sobretudo, a qualidade desta prova, principalmente quando produzida no bojo dos processos judiciais. O

11 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPODIVM, 2008. p.104.

histórico laboral de uma vida toda acaba sendo resumido em audiências com pouco mais de meia hora de duração, aceitando-se, muitas vezes, depoimentos vagos e imprecisos, que sequer mencionam os locais ou época em que o serviço foi prestado.

É possível observar, na prática forense, casos em que se admite como prova da atividade rural a simples afirmação de testemunhas no sentido de que a pessoa postulante ao benefício se dirigia diariamente ao ponto de embarque de trabalhadores rurais geralmente utilizados por trabalhadores rurais, sem nenhuma menção ao local de trabalho, nome do empregador etc.

Em verdade, a finalidade dos testemunhos é suprir a inexistência dos documentos previstos no art. 106 da Lei 8.213/91, c/c art. 62 do Decreto 3.048/99, de forma que a prova oral deve delimitar, no mínimo, os locais e épocas em que os serviços rurais foram prestados. Por óbvio que não se deve exigir uma precisão cartesiana das testemunhas e da própria parte, mas se deve afastar a vagueza absoluta e as alegações genéricas que o postulante ao benefício trabalhou a vida inteira na roça, sem uma menção sequer aos supostos empregadores ou tomadores de serviço.

Com base em tais circunstâncias, é necessário repensar o papel do administrador público no que diz respeito à busca da verdade material no âmbito do processo administrativo previdenciário como um todo, sobretudo quanto aos benefícios de trabalhadores rurais.

A Lei 8.213/91 estabeleceu, em seu art. 108, que a falta de documento, ou a prova de ato do interesse de beneficiário ou empresa, “poderá ser suprida” mediante justificação administrativa processada perante a Previdência Social, desde que existente o início de prova material, como preconiza o art. 55, §3º. Neste procedimento serão ouvidas testemunhas e colhidas outras provas necessárias à demonstração de fato ou circunstância de interesse do beneficiário perante o INSS.

A interpretação literal do dispositivo conduz à conclusão de que a utilização da justificação administrativa seria uma faculdade do administrador, entretanto, ampliando-se o leque hermenêutico e fazendo uma leitura desta norma em conjunto com a estabelecida no art. 29 da Lei 9.784/99, forçoso reconhecer que se trata de um poder-dever, situado no âmbito da competência discricionária do Administrador Público. Trata-se de um expediente que poderá ser obrigatório no âmbito do

processo administrativo previdenciário, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Formulado o requerimento de aposentadoria por idade rural, não existindo documentação comprobatória de todo o tempo de serviço suficiente para obtenção do benefício, a Administração deve instaurar o processo administrativo e cuidar de sua impulsão, adotando as medidas necessárias para aferir se estão ou não presentes os requisitos para sua concessão. E tal procedimento deve se desenrolar sob a ótica dos dois princípios mencionados, oficialidade e verdade material, de maneira que melhor se atenda ao fim público a que a norma previdenciária se dirige.

A Instrução Normativa do INSS n.º45/2010, que trata dos procedimentos de análise dos processos de reconhecimento, manutenção e revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social, regula de forma minuciosa a forma de produção dos mais diversos meios de prova admitidos para a comprovação do exercício de atividade rural. A autoridade previdenciária tem a sua disposição os seguintes instrumentos de investigação da verdade material: a justificação administrativa (visando a produção de prova oral), a entrevista com o segurado e a pesquisa externa.

O art. 145 do Decreto 3.048/99 estabelece que, para o processamento da justificação administrativa, o interessado deverá apresentar requerimento expondo, clara e minuciosamente, os pontos que pretende justificar, indicando testemunhas idôneas cujos depoimentos possam levar à convicção da veracidade do que se pretende comprovar. Já o art. 151 prevê que somente será admitido o processamento de justificação administrativa na hipótese de ficar evidenciada a inexistência de outro meio capaz de configurar a verdade do fato alegado, e o início de prova material apresentado levar à convicção do que se pretende comprovar.

O regulamento, entretanto, não poderia restringir a utilização da justificação administrativa às hipóteses que o próprio beneficiário a requeresse. A busca da verdade material é um dever do administrador público, é ela que deve nortear a tomada de decisões da autoridade previdenciária.

A Portaria do Ministério da Previdência Social n.º170/2007 estabeleceu, de forma imperativa, que a justificação administrativa será processada caso o segurado não possua nenhuma prova plena

da atividade rural, mas apresente elementos que constituam início de prova material¹². O dispositivo faz remissão ao Decreto 3.048/99, mas, como ressaltado, ele deve ser interpretado de forma sistemática.

Ainda que seja exigível uma definição clara e minuciosa dos pontos que serão objeto de investigação, não se pode subtrair do Administrador a possibilidade de fazê-lo, com base nas informações prestadas pelo beneficiário, em entrevista prévia com o segurado. Esta é obrigatória nos processos que visam a comprovação de atividade rural, segundo prevê o art. 134, da Instrução Normativa n.º45/2010, convindo transcrevê-lo como forma de ilustração:

Art. 134. A entrevista é elemento indispensável à comprovação do exercício da atividade rural e da forma como ela foi exercida, inclusive para confirmação dos dados contidos em declarações sindicais e de autoridades, com vistas ao reconhecimento ou não do direito ao benefício pleiteado, sendo obrigatória a sua realização, independente dos documentos apresentados.

É com base nas declarações prestadas pelo interessado que o administrador definirá o norte da investigação sobre o histórico de trabalho apresentado, buscando alcançar a verdade material e, se for o caso, conceder a aposentadoria.

Não foi por acaso que a obrigatoriedade da tomada de depoimento do segurado foi prevista apenas para os trabalhadores rurais, pois se trata de categoria marcada pelo trabalho informal e pelo reduzido grau de instrução. É demasiado exigir que um segurado, muitas vezes analfabeto, conduza a produção da prova no processo administrativo. Quem mais conhece o direito previdenciário é o seu aplicador e a ele cabe buscar os meios de prova adequados para suprir a falta de documentação, de acordo com o que fora dito em entrevista.

O §1º, do art. 600, da referida Instrução Normativa, manteve a lógica do Decreto n.º 3.048/99, estabelecendo que o cabimento da Justificação Administrativa caso os documentos apresentados não sejam suficientes, por si só, para a prova pretendida, mas se constituam

12 "Art. 5º Caso o segurado não possua nenhum dos documentos referidos nos arts. 2º e 3º, incisos I a VIII, mas possa apresentar elementos que constituam início de prova material, será processada justificação administrativa, observado o disposto nos arts. 142 a 151 do Regulamento da Previdência Social" (Portaria MPS n.º170/2007).

como início de prova material. Em tais circunstâncias o regulamento estabelece que a medida “poderá ser processada”, a pedido do interessado.

Como dissemos, esta é a interpretação literal do dispositivo, não restando afastada a possibilidade de se lançar mão de método interpretativo sistemático, de modo a prestigiar o princípio da oficialidade, previsto na Lei de Processo Administrativo, bem como o princípio da verdade material. Conforme se verá mais adiante, a instauração do procedimento de colheita de prova testemunhal não é uma faculdade da autoridade previdenciária, haverá casos que sua realização será obrigatória.

Além da justificação administrativa e da entrevista do interessado, o Instituto Nacional do Seguro Social tem a seu cargo outro valioso instrumento na busca da verdade material que é a realização de pesquisa externa.

Esta consiste em atividades externas tendentes à “*verificação da veracidade dos documentos apresentados pelos requerentes, bem como a busca pelos órgãos do INSS de informações úteis à apreciação do requerimento formulado à Administração*”¹³. Por meio desta, por exemplo, o servidor da Autarquia Previdenciária poderá visitar supostos locais de trabalho do segurado e saber se o postulante ao benefício realmente trabalhou por lá.

Outro meio de prova previsto no art. 106, da Lei 8.213/91, é a declaração de prestação de serviços expedida por sindicato que represente o trabalhador rural, que deve ser fundamentada e passar por homologação do INSS. A Instrução Normativa estabelece os critérios que devem ser observados pelo Sindicato para que sua declaração seja homologada, todavia, ainda que tal documento não passe pelo crivo do Instituto, nada impede que os elementos ali trazidos sejam utilizados como norte para a realização da pesquisa externa ou da justificação administrativa de ofício.

Ademais, convém ressaltar que a referida declaração é o resultado de investigação acerca do histórico laboral do interessado, que muito se assemelha à justificação administrativa. Deveria ser feita pela Autarquia Previdenciária, mas acaba sendo delegada aos sindicatos de trabalhadores rurais, uma resultante, talvez, da confluência das forças sindicalistas na formação do poder político em nossa República, muito presente no fim da ditadura militar e por ocasião da Constituinte de 1988.

13 Instrução Normativa n.º45/2010, art. 618, I.

Na recente Instrução Normativa INSS/PRES n.º45/2010, ao tratar dos meios de prova admitidos para o enquadramento na categoria dos segurados especiais o art. 115, §4º fez a seguinte previsão:

§ 4º Os documentos referidos nos incisos III e IX deste artigo, ainda que estando em nome do cônjuge, e este tendo perdido a condição de segurado especial, poderão ser aceitos para os demais membros do grupo familiar, desde que corroborados pela Declaração do Sindicato que represente o trabalhador rural e confirmado o exercício da atividade rural e condição sob a qual foi desenvolvida, por meio de entrevista com o requerente, e se for o caso, com testemunhas, tais como vizinhos, confrontantes, entre outros.¹⁴

O Administrador deveria ter avançado mais, não para afastar a possibilidade de emissão das referidas declarações pelo respectivo sindicato, mas sim de torná-la uma faculdade do segurado. Na ausência da declaração caberá ao próprio Instituto, como dever de ofício, aferir o exercício de atividade rural por meio de entrevista com o requerente, testemunhas, vizinhos, confrontantes etc., se as circunstâncias fáticas assim determinarem.

Aliás, este é o entendimento que prevalece no âmbito da Advocacia-Geral da União, por meio da Coordenação de Matéria de Benefícios da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, sintetizado no Parecer PFE/INSS/CGMBEN/DIVCONS n.º 09/2009. Concluiu-se na referida manifestação que a apresentação de declaração sindical não é condição *sine qua non* para a comprovação da qualidade de segurado especial, ressaltando-se o caráter alternativo da referida prova.¹⁵

3 BREVE COMPARAÇÃO ENTRE OS MEIOS DE PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO E NO JUDICIAL

Valendo-se das lições de Themistócles Cavalcanti o Prof. Célio Rodrigues da Cruz¹⁶ ressalta que, pelo menos no tocante aos aspectos

14 Os documentos em questão são: III - comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, através do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR ou qualquer outro documento emitido por esse órgão que indique ser o beneficiário proprietário de imóvel rural ou exercer atividade rural como usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgado, comodatário ou arrendatário rural; IX - cópia da declaração do Imposto Territorial Rural - ITR.

15 BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer PFE/INSS/CGMBEN/DIVCONS n.º09, de 16 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=240807&ID_SITE=>. Acesso em: 1º jun. 2010

16 op. cit. p. 05

fáticos, os instrumentos postos à disposição dos órgãos administrativos podem se mostrar mais eficientes do que os do Judiciário.

Embora o art. 130 do Código de Processo Civil tenha conferido ao Juiz amplos poderes instrutórios, numa nítida opção pelo sistema inquisitorial, ainda há na doutrina e jurisprudência alguns resquícios de uma visão privatista do direito processual, que se apega ao princípio dispositivo de maneira irretroatável¹⁷. Na maioria das vezes o magistrado, diante da sobrecarga de demandas, se vê obrigado a contentar com a verdade formal trazida aos autos, por meio de testemunhos confusos, genéricos, evasivos e contraditórios, determinando a concessão do benefício com base na solução *pro misero*.

Como ressaltado, anteriormente, anos de vida laborativa são contados em poucos minutos, e é esta a verdade que prevalece. A má qualidade da prova acaba constituindo um atrativo para que muitos busquem o benefício previdenciário em questão perante os órgãos jurisdicionais, onde os critérios de investigação probatória são menos rígidos. A insegurança jurídica é patente.

Neste ponto, é possível notar que os meios de coleta de provas acima mencionados se assemelham aos do processo judicial, mas se mostrariam muito mais eficazes se bem manejados pelo Administrador Público.

A entrevista, por exemplo, equivale ao depoimento pessoal da parte autora, previsto na lei processual civil. Embora haja previsão para que este seja tomado de ofício, a critério do juiz (art. 342 do CPC), muitos magistrados não adotam esta providência aplicando simplesmente as regras do ônus da prova. Ou seja, se o órgão da Advocacia-Geral da União responsável pela representação do INSS não faz expresse pedido neste sentido, o depoimento pessoal não será prestado.

Sem a oitiva da parte autora toda a produção da prova testemunhal fica prejudicada, pois o que norteia a investigação probatória, muito mais do que as alegações vagas e imprecisas das petições iniciais, são as informações prestadas por quem mais sabe sobre a vida profissional da parte autora, ou seja, ela própria.

Já a justificação administrativa equivale à audiência de instrução do processo civil, na qual é colhida a prova oral necessária para o

17 DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil* – V. 2. Salvador: Juspodivm, 2008. p.27.

deslinde da questão litigiosa, não existindo tantas diferenças entre o testemunho dado em juízo e aquele prestado perante o INSS.

A pesquisa externa, por sua vez, guarda alguma semelhança com o instituto da inspeção judicial, previsto no art. 440 do Código de Processo Civil, todavia, é impensável imaginar que o Órgão Judiciário executaria esta tarefa, em razão das dificuldades de ordem logística que o Magistrado encontraria.

Em razão de tudo isso é que se reafirma que a prova administrativa tende a ser muito mais robusta do que a produzida na seara judicial, o que traz relevo à necessidade de utilização adequada dos meios probatórios pelo Administrador Público.

4 DAS FALHAS NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ADMINISTRATIVA: CRÍTICAS E IMPLICAÇÕES

Mesmo dispondo de tamanho aparato para colheita de provas é inevitável o questionamento acerca da pouca utilização dos referidos instrumentos pelos órgãos previdenciários, na análise dos pedidos de benefícios que envolvam a necessidade de maior dilação probatória. Aliás, a metodologia utilizada pelo INSS para o atendimento aos usuários sempre foi muito criticada e impugnada.

A sentença proferida na Ação Civil Pública n.º2000.71.00.010059-0, pelo juízo substituto da 2ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre/RS, por exemplo, determina que o INSS inclua em seus regulamentos dispositivos que, entre outras providências, prevejam o seguinte:

[...] a proibição expressa de indeferimento do pedido antes de ser oportunizada ao segurado a apresentação de documentos ou outras provas faltantes ou antes de ser realizada justificção administrativa ou perícia social nos casos previstos em lei;

Do mesmo modo, ao julgar ação previdenciária individual no processo n.º 2009.50.50.003401-0, o Juiz Federal Substituto do 2º JEF de Vitória/ES entendeu ter havido “*inércia probatória*” da Autarquia Previdenciária, ao não realizar justificção administrativa em pedido de pensão por morte, no qual se visava o reconhecimento de união estável entre a requerente e o falecido segurado.

A conclusão do magistrado vai ao encontro do que se expõe no presente trabalho, conforme se pode observar do trecho abaixo transcrito:

Assim, com base no princípio da legalidade, sempre que existir começo de prova material, seja em lides nas quais haja necessidade de comprovar o labor rural em regime de economia familiar, a existência de união estável, ou, ainda, dependência econômica, o setor responsável do INSS deve, de ofício e obrigatoriamente, instruir o processo com uma justificação administrativa e com diligências que se fizerem necessárias. O verbo “poderá” do art. 108 da Lei nº 8.213/91 deve ser interpretado como “deverá” em função do art. 29 da Lei nº 9.784/99.¹⁸

Em sua sentença o Magistrado cita trecho de manifestação da Advocacia-Geral da União (NOTA TÉCNICA CGMBEN/DIVCONS Nº 58/2008), na qual a unidade de consultoria jurídica da autarquia teria concluído ser “*dever do administrador público facilitar o exercício de direitos pelo administrado, abrindo de modo amplo a fase instrutória do processo, a ponto de permitir a utilização do mecanismo de justificação administrativa*”¹⁹.

Este entendimento teria sido acatado pela Direção Central da Autarquia, e divulgado a todos os órgãos do INSS por meio do MEMORANDO-CIRCULAR nº 17 DIRBEN/CGBENEF de 15.07.2008, orientando que a justificação administrativa era necessária, obrigatória e deveria ser efetivada de ofício pelo setor administrativo da Autarquia sempre que houvesse começo de prova material.

Valendo-se do referido memorando, o Grupo de Trabalho de Previdência e Assistência Social da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, órgão do Ministério Público Federal, editou enunciado representativo do entendimento dos Procuradores da República participantes do grupo, no sentido de que “*o INSS deve processar as justificações administrativas requeridas, com base em início de prova material, para comprovação de união estável*”.²⁰

18 FARIA, Roberto Gil Leal. Revelia e descumprimento de normas processuais administrativas editadas pelo próprio INSS. *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro, n.º28, 2010. p.231

19 *Apud* FARIA, op. cit. p.231.

20 Enunciado n. 07, extraído da *web page* da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – MPF. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/previdencia-social/atuacao/enunciados>> Acesso em: 29 jan. 2011.

Mais recentemente, ao aprovar o Parecer PFE/INSS/CGMBEN/DIVCONS n.º 09/2009, o Coordenador de Matéria de Benefícios da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, proferiu despacho no qual cita uma versão preliminar do presente trabalho e acata seus argumentos com a seguinte colocação:

Estes segurados [referindo-se aos segurados especiais] devido a sua condição peculiar de informalidade, quando tiverem algum indício de prova material de que exerceram atividade rural, *ainda que desacompanhado de declaração sindical ou de autoridades*, devem receber da Previdência Social o interesse pela busca da verdade real, a qual, apesar da dificuldade operacional, somente será alcançada, muitas vezes, com a realização de uma pesquisa externa ou Justificação Administrativa.(grifo do autor)

Como bem ressaltado no despacho transcrito, a já mencionada “*inércia probatória*” costuma ser atribuída à falta de estrutura do INSS para conduzir bem suas atividades. Mas esta realidade, que até então constituía uma justificativa plausível para a ineficiência, vem se modificando.

Observou-se, nos últimos anos um incremento dos projetos que têm por objetivo melhor atender os segurados da Previdência Social. Com a ampliação do quadro de servidores e a instituição de um sistema de agendamento dos atendimentos novos servidores foi possível eliminar as malfadadas filas que se formavam nas portas das Agências do Instituto. Além disso, a previsão de construção de mais de setecentas unidades de atendimento em todo o país e o aprimoramento dos sistemas informatizados, facilitarão, cada vez mais, o acesso do cidadão aos serviços prestados pelo INSS.

Contudo, teme-se que o foco principal das autoridades previdenciárias esteja voltado apenas para a celeridade do processo de análise de documentos e dados do sistema, deixando-se de lado a questão da informalidade, que mereceria um alargamento da fase instrutória, como acima defendido.

A participação ativa do administrador público na instrução probatória do processo de concessão de benefício previdenciário não visa a garantir somente a satisfação dos interesses do administrado. A busca da verdade material por meio da atuação inquisitorial do administrador atende também ao interesse público, na medida em garante a proteção

previdenciária àqueles que mais necessitam, bem como inibe a ação de fraudadores.

A ampla adoção da justificação administrativa nos processos de aposentadoria por idade rural contribuiria, também, para a redução do número de demandas sobre o tema que chegam ao Poder Judiciário. Apesar de alguns magistrados atribuírem toda a responsabilidade pelo aumento de demandas ao INSS, é forçoso reconhecer que a avidez por clientes e honorários de alguns advogados contribui para que demandas de fácil solução na via administrativa acabem sendo postas à apreciação do órgão jurisdicional.

5 A JUSTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA VISTA SOB A ÓTICA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Conforme delineado acima, a grande controvérsia que se procurou enfrentar no presente trabalho diz respeito à obrigatoriedade ou não da justificação administrativa. À luz dos dispositivos legais e regulamentares já mencionados pode-se concluir que as circunstâncias do caso concreto é que determinarão se o procedimento será ou não obrigatório.

A decisão sobre a justificação administrativa está dentro da esfera de discricionariedade do gestor da coisa pública, o que está longe de significar que ele tem liberdade para fazê-la.

Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernádes averbam com precisão a origem das potestades administrativas e a submissão da Administração à legalidade:

A legalidade outorga faculdades de atuação, definindo cuidadosamente seus limites, delega poderes, habilita a Administração para sua ação conferindo-lhe a tal efeito poderes jurídicos. Toda ação administrativa apresenta-se-nos como exercício de um poder atribuído previamente pela lei e por ela delimitado e construído. [...] A potestade é sempre uma derivação de um status legal pelo qual resulta inescusável uma norma prévia que, além de configurá-la, a atribua em concreto.²¹

Não há outra conclusão possível senão a de que toda a atividade administrativa encontra-se vinculada de forma positiva à legalidade. A

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDES, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. [Trad. Arnaldo Setti]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 376, 377 e 379.

Administração Pública não possui uma vontade própria, sua atuação deriva da lei e sua vontade será definida por esta. O princípio da autonomia da vontade não tem lugar no direito público, deve-se afastar de plano a noção de liberdade de agir quando se tratar do exercício da função administrativa. A finalidade última da lei será sempre o interesse público, ao qual o Estado está positivamente vinculado²².

Quando se fala em legalidade deve-se ficar atento ao significado de tal expressão no contexto do atual Estado Democrático de Direito.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²³, aponta como características do novo Estado Democrático de Direito a participação do povo nos métodos de controle da atividade administrativa e a busca pela justiça material. Segundo a autora, a Administração Pública já não mais estaria submetida somente à estrita legalidade (lei em sentido formal), mas sim a todos os princípios que veiculam valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança desenvolvimento, bem estar e justiça.

No mesmo sentido, Diogo Figueiredo Moreira Neto averba que:

[...] o conceito de *legalidade*, fundado apenas na tradicional *dogmática jurídica*, mostrou-se insuficiente para lastrear eticamente o novo Estado Democrático e, por isso, restabeleceu-se o velho conceito de *legitimidade*, fundado na *vontade geral* da sociedade,

22 Apesar de ser este o entendimento que mais condiz com a essência do Estado de Direito desde o seu nascedouro, houve momentos da nossa história em que se teorizou de modo diverso. Na transição do Estado de Polícia para o Estado-Administrador, época em que o aparelho estatal passou assumir inúmeras funções antes exercidas somente por particulares, muitos juristas europeus chegaram a reconhecer a autonomia da vontade da Administração Pública, que deveria ser exercida *praeter legem*, ou seja, desde que não violasse a lei.

Segundo essa doutrina, a Administração Pública, sobretudo no exercício da atividade discricionária, encontrar-se-ia num estado de vinculação negativa à legalidade, ou seja, o Administrador poderia fazer não meramente aquilo que a lei expressamente autorizasse, mas aquilo que ela não proibisse, assim como ocorreria com os particulares segundo o brocardo "*permissum videtur in omne quod non prohibitum*".

Segundo Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernández (*Op.cit*, p. 374), a obra de Hans Kelsen e seu desdobramento no âmbito do Direito Administrativo, sobretudo através dos estudos de Merkl, foram os marcos de uma reação a essa visão deturpada da legalidade. A partir construção kelseniana de que o ordenamento jurídico consistia em um sistema hierarquizado de normas, passou-se a rechaçar qualquer forma de poder jurídico que não se pautasse em uma atribuição normativa precedente. Surge o princípio da *positive Bindung*, ou vinculação positiva da Administração pela legalidade, hoje aceito universalmente, segundo o qual a Administração Pública só pode fazer aquilo que é expressamente permitido pela lei.

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionabilidade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 29-30.

democraticamente recolhida, que havia sido perdido no fastígio do positivismo e das ideologias estatizantes.²⁴ (grifo do autor)

A jurista cearense Germana de Oliveira Moraes trata do assunto de forma percuciente e ressalta a necessidade de se ativar uma compreensão contemporânea do “*direito por princípios*”²⁵, elevando-se o princípio da juridicidade a alçada de principal informador da atividade administrativa, na medida em que este substituiu o princípio da legalidade estrita, passando a englobá-lo. E arremata afirmando que tal substituição “*repercutirá diretamente sobre a compreensão teórica da discricionariedade e a amplitude do controle jurisdicional da atividade administrativa*”²⁶.

Quando a lei não deixar ao Administrador qualquer espaço de livre apreciação dos motivos e objeto do ato administrativo, estaremos diante de uma competência vinculada, ou seja, caber-lhe-á simplesmente constatar a existência de determinados pressupostos fáticos ensejantes da atuação administrativa, para promover o desencadeamento dos efeitos jurídicos já predeterminados pela norma. Nestes casos, teoricamente, o legislador já decide qual é a melhor maneira de se satisfazer o interesse público e cumprir a finalidade legal, não restando ao Administrador qualquer margem de manobra no que diz respeito à ponderação dos interesses afetados e escolha do melhor modo de agir.

Ocorre, porém, que é impossível uma previsão abstrata da lei para todas as situações do mundo contemporâneo. Ainda que quisessem, os legisladores não conseguiriam estabelecer competências vinculadas para todas as relações em que a Administração Pública estivessem envolvidas, aliás, é da essência da função legislativa estabelecer normas de caráter mais genérico para que o Direito possa sofrer mutações e evoluir. E como a função administrativa consiste na aplicação da norma no caso concreto com vistas à satisfação do interesse público, muitas vezes o legislador deverá se abster de traçar um âmbito de competência muito fechado para os órgãos administrativos, sob pena de supressão de uma reserva de administração.

A lei, então, permitirá ao Administrador Público que atue com alguma liberdade na ponderação dos interesses envolvidos, dando-lhe a

24 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, estado e administração pública: prospectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995. p. 74.

25 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p.19.

26 MORAES, op. cit., p.23.

oportunidade de escolher, dentre as várias possibilidades oferecidas pela norma, qual é a solução que melhor atende ao interesse público naquele caso concreto. Nestes casos, estaríamos diante de uma competência discricionária.

Celso Antonio Bandeira de Mello procura fugir da noção de “poder discricionário” e passa a usar o conceito de dever discricionário. Segundo ele o exercício da competência discricionária não é nada mais do que “o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal”²⁷

Ao enfrentar a análise do processo administrativo previdenciário, portanto, o Administrador terá um inescusável dever de busca pela verdade material, o que lhe é imposto por lei, de maneira que deverá se valer de todos os meios legais que possui para atingir esse desiderato. Do contrário estará incorrendo em desvio de poder, segundo lição do mestre Celso Antônio²⁸, ao deixar de agir em prol do atendimento ao interesse público, o qual, no caso em análise, seria a busca da verdade.

Necessário compreender que, mesmo quando a lei confere ao administrador certa liberdade para decidir, haverá casos em que esta margem discricionária será reduzida a ponto de existir somente uma opção razoável para se atender melhor à finalidade da norma. É o que Germana Moraes denomina “redução da discricionariedade a zero”. Segundo a autora, “há redução da discricionariedade a zero quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível”²⁹.

No caso da justificação administrativa, portanto, haverá situações em que a execução da medida será a única solução possível ao administrador, para suprir as lacunas deixadas pelo trabalho informal no histórico laborativo do postulante.

Se as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto indicarem a necessidade de adoção do procedimento, e o administrador público não o fizer, estará desbordando sua competência discricionária, não pelo excesso, mas pela omissão. Tanto que a ilustre autora Germana

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 15.

28 op. cit. p.57.

29 op. cit. p.162.

de Moraes elenca como um dos “vícios de discricionariedade”³⁰ a não utilização ou subutilização do exercício do poder discricionário.

Ocorre a não utilização ou subutilização dos poderes discricionários, quando a autoridade administrativa não usa ou subutiliza o poder discricionário de que dispõe por inadvertência ou por estimar equivocadamente que é titular de uma competência vinculada.³¹

A noção trazida pela autora se aproxima do que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina “*desvio de poder por omissão*”³².

Feitas tais considerações, cabe perquirir quais são essas circunstâncias normativas e fáticas aptas a tornar obrigatório o procedimento de oitiva de testemunhas no processo administrativo previdenciário, o que se pretende fazer nas breves linhas que se seguem.

6 DAS HIPÓTESES EM QUE A JUSTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA TORNA-SE OBRIGATÓRIA

Não é razoável admitir que em todo requerimento de aposentadoria por idade rural seja realizada a Justificação Administrativa. Como já visto acima, este é um procedimento destinado a suprir a falta de documentação que abranja todo o período de “carência”³³ exigido para o benefício.

Conforme foi acima mencionado, a necessidade da justificação deverá ser avaliada após a entrevista com o segurado, caso fique evidenciado, a partir desta, que existem períodos de trabalho a descoberto, sem a devida documentação. Não é correto dizer, portanto, que bastará a existência de um início de prova material para que se torne obrigatória a justificação. O início de prova material é um dos requisitos da justificação administrativa, mas não é o único.

30 Segundo a autora “serão viciados os atos discricionários cujo conteúdo se afasta do único cabível, se for o caso, ante as circunstâncias de fato peculiares do caso concreto e quando não guardam compatibilidade, seja no processo de tomada de decisão, seja na fixação de seu conteúdo, com princípios constitucionais da Administração Pública e quando atentatório aos direitos fundamentais consagrados na Constituição” (*Idem*. p. 159)

31 *Idem*. p. 159.

32 *op. cit.* p.75.

33 Utilizamos a expressão entre aspas, tendo em vista que o benefício de aposentadoria por idade rural não exige comprovação da carência, mas apenas do exercício de atividade rural por determinado número de meses equivalente a esta.

Se, por um lado, não é razoável exigir do segurado a apresentação de um requerimento expresso, expondo, clara e minuciosamente, os pontos que pretende justificar, por outro será necessário que tais pontos restem minimamente delimitados no momento da entrevista, mediante condução do agente público que entrevista a parte interessada.

Cabe ao entrevistador indagar a respeito da eventual existência de trabalho sem registro, das condições em que o serviço era prestado, nome do eventual empregador, etc. A partir dos indícios dados pelo entrevistado, caso o referido período puder ser aproveitado para a aposentadoria e, estando presente o início de prova material, será obrigatório ao administrador aprofundar nas provas por meio da justificação administrativa e/ou pesquisa externa.

Por exemplo, se o entrevistado postula um benefício de aposentadoria por idade dizendo que exerceu atividade rural por cinco anos, na década de 1980, e depois veio para a cidade, passando a exercer atividade remunerada de natureza urbana por mais 10 anos. Ainda que exista início de prova material relativo à época dos serviços rurais, será desnecessária a realização da justificação administrativa, pois a atividade campesina exercida antes da Lei 8.213/91 não pode ser aproveitada para fins de carência.

Nessa hipótese poderia se dizer que seria facultado ao postulante indenizar o período trabalhado, a fim de que o tempo de atividade rural pudesse ser contado como carência. Entretanto, essa possibilidade deveria ser esclarecida ao interessado antes do processamento da justificação, sob pena de se estar praticando atos despidos de utilidade.

Do mesmo modo, não se deve exigir do administrador que inicie a colheita de prova testemunhal se os fatos declarados em entrevista forem flagrantemente inverídicos, contradizendo registros públicos. Se o postulante ao benefício alega em entrevista que exerceu atividade rural, em regime de economia familiar, por toda sua vida, e os registros do Cadastro Nacional de Informações Sociais revelam que ela possui outra fonte de renda razoável, de natureza urbana, será desnecessária a oitiva das testemunhas.

A gama de exemplos e situações hipotéticas é enorme, restando apenas reafirmar que a exigência da justificação administrativa não é automática. O procedimento somente se afigurará como única opção da autoridade pública quando existir um conjunto razoável de indícios

sobre os fatos que se pretende provar, sem grandes imprecisões ou contradições, reafirmando-se ser desnecessária a provocação do interessado.

Não é demais ressaltar o administrador público deve atuar sob o império do princípio da motivação, de maneira que, ao exercer sua competência discricionária e tomar determinada decisão, deve expor os motivos que o convenceram ser aquela uma opção adequada. A motivação, neste caso, é tão importante quanto a que deve nortear eventual ato de indeferimento do pleito administrativo.

7 CONCLUSÃO

Buscou-se com o presente trabalho demonstrar a importância da utilização do princípio da verdade material no processo administrativo previdenciário, pois a informalidade do trabalho no campo e na cidade não podem constituir óbice à implementação de políticas públicas de inclusão. Foi enfatizada a situação dos benefícios previdenciários dos trabalhadores rurais, dado o tratamento diferenciado conferido pelos Tribunais a esta categoria de segurados, no que diz respeito à flexibilização dos meios de prova do seu tempo de serviço.

A adoção de postura inquisitorial na instrução probatória do processo administrativo consiste num poder-dever dos órgãos responsáveis pela gestão da Previdência Social, em face dos princípios da oficialidade e da verdade material, amplamente evidenciados em nosso ordenamento jurídico pelo advento da Lei 9.784/99.

Em meio ao arcabouço normativo que rege os procedimentos de análise e concessão dos benefícios previdenciários, verificamos que valiosos instrumentos destinados à adequada instrução dos processos administrativos foram postos a cargo do gestor. Dentre eles estão a justificação administrativa, a entrevista e a pesquisa externa, que não só podem como devem ser utilizados sempre que os elementos probatórios trazidos pelo segurado não forem suficientes para o convencimento da autoridade competente e existir um conjunto razoável de indícios sobre os fatos que se pretende provar.

A decisão acerca da realização de cada um desses procedimentos está na esfera da discricionariedade da autoridade pública, o que não significa que, em determinadas circunstâncias sua utilização será obrigatória, apesar de a norma jurídica não prever expressamente. Essa

decisão deverá ser devidamente fundamentada, já que a motivação do ato administrativo é elemento essencial no controle do exercício de competências discricionárias.

Em que pese a tendência dos dias atuais seja a de condensação de todas as informações sobre os cidadãos em banco de dados cada vez mais sofisticados, não se pode virar as costas para a realidade do trabalho informal. Cabe ao Estado Administrador, portanto, utilizar-se de todos os meios disponíveis para a consecução do interesse público e gestão eficiente da previdência social, que é um patrimônio do cidadão.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 4. ed. rev. e atual. Com obediência às leis especiais e gerais. São Paulo: Universitária de Direito, 2009.

AUGUSTO, Helder dos Anjos; RIBEIRO, Eduardo Magalhães. O envelhecimento e as aposentadorias no ambiente rural: um enfoque bibliográfico. Organizações Rurais e Agroindustriais/Rural and Agro-Industrial Organizations. *Minnesota*, v. 7, n. 2, maio/ago. 2005. Disponível em: <<http://purl.umn.edu/43982>>. Acesso em: 12 nov. 2009.

_____. *O idoso rural e os efeitos das aposentadorias rurais nos domicílios e no comércio local: o caso de Medina, Nordeste de Minas*. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, 15º, 2006, Caxambu. *Anais...* Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_316.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2009.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer/CJ n.º 3.136, de 23 de setembro de 2003*. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/60/2003/3136.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

_____. _____. *Parecer PFE/INSS/CGMBEN/DIVCONS n.º09, de 16 de outubro de 2009*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=240807&ID_SITE=>>. Acesso em: 1º jun. 2010.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: Jus PODIVM, 2008.

CRUZ, Célio Rodrigues da. *Texto-base 3: Processo administrativo sancionador e extinção das penalidades*. Brasília, DF: CEAD/UnB, 2009. 50 p. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/24/>>

Biblioteca/1_-_Unidade_I/3_-_Texto-base_-_Topico_III.pdf> (reservado a participantes do curso de Pós-Graduação em Direito Público da UnB, patrocinado pela A.G.U). Acesso em: 16 set. 2009.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

FARIA, Roberto Gil Leal. Revelia e descumprimento de normas processuais administrativas editadas pelo próprio INSS. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 225-233. 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDES, Tomás-Ramon. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da advocacia pública no estado democrático de direito. *Revista Virtual da AGU*, Brasília, n.º107, dezembro, 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=152998&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 29 jan. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Volume 1: Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, estado e administração pública: perspectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

ROCHA, Daniel Machado; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 4. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado - Esmafe, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova. Princípio da verdade real. Poderes do Juiz. Ônus da prova e sua eventual inversão. Provas ilícitas. Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 3, out/nov/dez. 1999. Disponível em: <<http://www.htj.com.br/noticias.php?ac=detalhes&id=173>>. Acesso em 31 jan. 2011.

