

---

## DIREITO PREVIDENCIÁRIO: REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS EM MATÉRIA DE BENEFÍCIOS

---

*Wolney da Cunha Soares Júnior*  
*Procurador Federal*

**SUMÁRIO:** 1 Dos Princípios; 1.1 Conceito e funções dos princípios; 1.2 Princípios constitucionais da Seguridade Social e da Previdência Social; 2 Do controle jurisdicional dos atos administrativos; 2.1 Conceitos de Administração Pública e Ato Administrativo; 2.2 Dos Atos Administrativos vinculados e discricionários; 2.3 Do controle de legalidade pelo Poder Judiciário; 2.3.1 Do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 567.985-3/MT acerca do requisito miserabilidade para fins de concessão do benefício assistencial; 2.3.2 Do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 580.963/PR acerca do art. 34, parágrafo único, da Lei nº Lei n.º 10.741/2003 para fins de concessão do benefício assistencial; 2.3.3 Do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário n.º 630.501/RS acerca do melhor benefício; 3 Análise dos índices de concessão judicial de

benefícios previdenciários; 3.1 Índice de concessão judicial (ICJ) de benefícios; 3.2 Possíveis causas de litigiosidade; 3.2.1 Do benefício assistencial; 3.2.2 Dos benefícios rurais; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** É notório o excessivo número de processos contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), envolvendo benefícios previdenciários, e que se acumulam no Poder Judiciário. Essa situação resulta de inúmeras razões, as quais merecem, portanto, ser objeto de aprofundado estudo, e uma delas é justamente a divergência existente entre o entendimento administrativo e o judicial acerca dos mais variados temas dentro do Direito Previdenciário. Para a efetivação dos direitos fundamentais de 2ª geração abrangidos pela Seguridade Social, é imprescindível a atuação do INSS, autarquia federal criada justamente para essa finalidade de execução das políticas públicas previdenciária e de Assistência Social. Contudo, a partir de uma análise dos números de indeferimentos administrativos, é possível verificar que o INSS dá causa a esse ajuizamento excessivo de ações judiciais, seja por meio de um subjetivismo ou de uma velada cultura de indeferimento existente em razão da insegurança e do receio do servidor frente à auditoria da autarquia combinados com à exigência de uma maior eficiência no cumprimento de metas traçadas para a análise dos requerimentos administrativos. Ocorre que também existem causas externas que fomentam uma maior litigiosidade no âmbito previdenciário, como, por exemplo, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do RE nº 567.985-3/MT, em que se declarou a inconstitucionalidade, sem declaração de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Da decisão do STF no referido RE nº 567.985-3/MT percebe-se que foi cancelada a possibilidade de que o estabelecimento das políticas públicas sociais seja definido individualmente, paradoxalmente sem se atentar para o caráter universalizante que compõe o reconhecimento de tais direitos. No final, será o próprio cidadão quem arcará com isso e será duplamente penalizado, tanto pela demora no reconhecimento de seu direito, quanto pelo maior custo que será pago via tributação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Seguridade Social. Previdência Social. Revisão Judicial do Ato Administrativo. Causas de Litigiosidade.

## 1 DOS PRINCÍPIOS

### 1.1 Conceito e funções dos princípios

Em que pese tenha havido alguma discussão no passado (inclusive recente), atualmente prevalece o entendimento de que as normas jurídicas podem ser de duas espécies, quais sejam, as regras e os princípios.

Não há dúvidas, portanto, hoje, com o chamado pós-positivismo, acerca da função normativa dos princípios, ou seja, que surgem obrigações jurídicas a partir dos princípios.

Realmente, o reconhecimento da normatividade dos princípios possibilitou o que se convencionou chamar de controle de juridicidade dos atos administrativos, que não se limita à mera verificação da legalidade em sentido estrito (vale dizer, se o ato questionado judicialmente está em conformidade ou não com as regras aplicáveis, com a Lei *stricto sensu*), mas que abrange, também, um juízo de conformidade do ato questionado com os princípios jurídicos vigentes.

No dia-a-dia da prática forense essa constatação fica bastante evidenciada, já que não são poucas as decisões judiciais de primeira instância ou em sede recursal que se fundamentam (por vezes exclusivamente) em princípios jurídicos para reconhecer ou não algum direito, principalmente no âmbito da seguridade social. Nesse sentido, citam-se, por exemplo, os julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) dos Recursos Extraordinários (RE's) nº 567.985-3/MT, nº 580.963/PR e nº 630.501/RS, os quais serão abordados mais à frente.

Diferentemente das regras, que tem um elevado grau de determinação e cuja solução de eventual conflito aparente implica, necessariamente, na aplicação (por subsunção) de uma com a consequente exclusão da outra, os princípios são comandos de otimização de caráter aberto e polissêmico, razão pela qual, na hipótese de colisão entre eles, a solução passa pela ponderação dos princípios envolvidos, o que resulta, sempre a depender das especificidades do caso concreto, em uma aplicação em maior ou menor grau de cada um deles.

Nesse sentido, Ronald Dworkin<sup>1</sup> expõe que a aplicação das regras segue o tudo-ou-nada, enquanto os princípios apontam uma direção, sem especificar, contudo, a decisão particular a ser tomada.

De modo parecido, para Robert Alexy<sup>2</sup>, a aplicabilidade das regras é mais direta e restrita (simplesmente são cumpridas ou não), já os princípios prescrevem algo a ser realizado da melhor forma possível.

Além de serem cogentes (função normativa), os princípios também exercem as funções interpretativa e integrativa do ordenamento jurídico.

1 DWORCKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

2 ALEXY, Roberto. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 86-87.

Os princípios são os alicerces sobre os quais se erigem todas as demais normas jurídicas. Assim, visando a unicidade e a harmonia do ordenamento como um todo, a elaboração e a execução das normas jurídicas deve ter como base uma interpretação à luz dos princípios.

Quanto à função integrativa dos princípios, cabe mencionar o art. 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro (Decreto-Lei nº. 4.657/1942), segundo o qual “quando a *lei for omissa*, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*”.

O art. 126 do Código de Processo Civil (CPC) traz, por sua vez, a proibição ao *non liquet* visando justamente a integração do ordenamento jurídico:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos *princípios gerais de direito*. (grifo nosso)

Diante da relevância dos princípios, conforme se depreende de todas as funções por eles desempenhadas (normativa, interpretativa e integrativa), merecem ser discutidos os princípios expressos e implícitos que regem a seguridade social, ainda que não haja uma uniformidade na doutrina, existindo outros entendimentos na dogmática jurídica, razão pela qual o rol abaixo listado não é taxativo.

## 1.2 Princípios constitucionais da seguridade social e da previdência social

É possível diferenciar princípios da seguridade social e, ainda, especificamente da Previdência Social.

Quanto aos princípios da seguridade social<sup>3</sup>, citam-se os seguintes: da solidariedade; da obrigatoriedade; da universalidade da cobertura e do atendimento; da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços; da unidade; da suficiência (ou efetividade); da supletividade (ou subsidiariedade); da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; da equidade na forma de participação no custeio; da diversidade da base de financiamento; do caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa; da preexistência do custeio em relação aos benefícios ou serviços; da irredutibilidade do valor dos benefícios e da vedação ao retrocesso.

3 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. São Paulo: liv. e ed. Universitária de Direito, 2009. BOLLMANN, Vilian. *Princípios constitucionais da previdência social*. Justiça do Trabalho, v. 24, n. 277, p. 120-132; MACEDO, José Leandro Monteiro. Breves considerações sobre os princípios da seguridade social. *Gênesis: Revista de Direito do Trabalho*, v. 17, n. 102, p. 824-835; ZAMBITTE, Fábio. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói – RJ: Impetus, 2008.

Dentre os princípios da Previdência Social<sup>4</sup>, encontram-se, por sua vez: da filiação obrigatória; do caráter contributivo; do equilíbrio financeiro e atuarial; da garantia de um valor mínimo de benefício; da correção monetária dos salários-de-contribuição; da preservação do valor real dos benefícios; da comutatividade; da previdência complementar facultativa; e da unicidade.

A solidariedade (art. 3º, I, da CRFB/88) implica na proteção individual por toda a sociedade, o que, por exemplo, “*justifica a cobrança de contribuições pelo aposentado que volta a trabalhar*”, “*mesmo sabendo que não poderá obter nova aposentadoria*”<sup>5</sup>.

Fundamentam esse dever de solidariedade na sociedade o objetivo da erradicação da pobreza (art. 3º, III, da CRFB/88) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88).

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram a garantia a um mínimo existencial (prestações essenciais básicas) aos necessitados (idosos, deficientes etc..) para que possam sobreviver e desenvolver suas personalidades, o que é inerente ao ser humano.

Por outro lado, o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana também pode servir como advertência para que essa solidariedade não seja utilizada por governos populistas como um argumento falacioso para uma política puramente assistencialista.

Afinal, nenhuma política pública social deve manter de forma duradoura (para não dizer permanente) a dependência do assistido, que merece vislumbrar uma possibilidade real de, no futuro, desvencilhar-se dessa atuação estatal que o coloca em verdadeira posição de subordinação.

Do contrário, desrespeitar-se-ia a irrenunciável autonomia de cada indivíduo, cuja observância também é necessária para se concretizar plenamente a dignidade da pessoa humana.

Destaca-se, ainda, que, apesar de haver uma tendência abstratizante, atribuindo-se ao Poder Público (Estado, entidades e órgãos públicos) a responsabilidade pela seguridade social, não se pode esquecer que essa solidariedade encontra-se nas relações entre os próprios cidadãos, os quais, aliás, em última análise, arcam com a manutenção de todo o sistema de proteção social<sup>6</sup>.

O princípio da obrigatoriedade impõe a participação da sociedade para se garantir a prestação e os serviços da seguridade social. Trata-se de um exemplo da prevalência do interesse coletivo sobre o individual e o art. 195 da CRFB/88 ilustra bem essa obrigatoriedade ao dispor que a seguridade social será financiada, de forma direta e indireta, por toda a sociedade.

4 BOLLMANN, Vilian. *Princípios constitucionais da previdência social*. Justiça do Trabalho, v. 24, n. 277, p. 120-132.

5 ZAMBITTE, Fábio. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói – RJ: Impetus, 2008. p. 57.

6 LOUREIRO, João Carlos. *Constituição da segurança social: sujeitos, prestações e princípios*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 84, 2008. p. 196.

Para tanto são cobradas diferentes contribuições sociais, que, por serem tributos, apresentam, nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN), justamente essa característica de compulsoriedade (independente da autonomia da vontade da pessoa, que não pode simplesmente se negar a pagar, tratando-se de uma relação vertical entre o contribuinte e o Poder Público, ou seja, nesse caso específico, de autorizada - por Lei - subordinação jurídica com o Estado, subordinação esta que não se confunde com a mencionada no tópico anterior e que deve ser repelida).

Do princípio da universalidade surge o permanente ideal de garantir a todos que enfrentam alguma contingência (doença, invalidez, acidentes, velhice, viuvez, orfandade, prisão, desemprego etc...) o direito de prestação (serviços ou benefícios) pelo Estado para satisfazer suas necessidades sociais.

Nesse sentido, o art. 194, I, da CRFB/88 prevê expressamente o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, que visa proteger qualquer pessoa de todos os riscos sociais possíveis, o que é mais nítido na saúde e na assistência social, enquanto na Previdência Social, dado o seu caráter contributivo, a proteção recai apenas sobre aquele que detém qualidade de segurado (que exerce atividade remunerada, além do segurado facultativo).

Cabe aqui salientar que, como todos os demais princípios, a universalidade da cobertura e do atendimento tem que ser compreendida dentro do ordenamento jurídico como um todo, o que implica, por exemplo, na necessária interação deste princípio com o chamado princípio da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

Assim, diante dos limitados recursos financeiros do Estado, inclusive para não haver prejuízo à proteção das gerações futuras, e à luz da reserva do possível, é comum o argumento de que a escolha das políticas públicas cabe aos legítimos representantes democraticamente escolhidos pelo povo nas eleições.

Dessa forma, a universalização não significa impossibilidade de se fazer diferenciações justificadas quanto aos beneficiários e às prestações.

Combinaram-se, por exemplo, critérios de idade e de sexo distintos na aposentadoria prevista no art. 48 da Lei nº 8.213/91, que exige 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher, que se aposenta, portanto, mais cedo, considerando-se justamente o papel tradicional desempenhado pelas mulheres em relação ao trabalho doméstico.

Um aspecto polêmico relativo ao princípio da universalidade é a necessidade ou não da nacionalidade brasileira para fins de percepção de benefício assistencial.

Por vezes o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) indefere o requerimento administrativo formulado por estrangeiro não naturalizado residente no país e que postula a concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto na Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS).

O indeferimento pela autarquia previdenciária pauta-se no entendimento de que o art. 203 da CRFB/88 é uma norma constitucional de eficácia limitada, dependendo, portando, inclusive à luz do princípio da seletividade, de atuação do legislador ordinário para fins de determinação dos requisitos configuradores do direito à assistência social, sendo que o art. 1º da Lei nº 8.742/93 prevê, expressamente, que se trata de um direito do cidadão, o que pressupõe ter a pessoa nacionalidade brasileira.

Nesse sentido, o Decreto nº 6.214/2007, que regulamenta a assistência social no Brasil, dispõe em seu art. 7º que “é devido o Benefício de Prestação Continuada ao *brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil* e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento”.

Porém, há quem entenda que o estrangeiro residente no país também faz jus à assistência social em razão do previsto no art. 5º da CRFB/88, em especial dos princípios constitucionais da isonomia e, ainda, da dignidade da pessoa humana.

Quanto a essa matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a repercussão geral no RE 587.970-4/SP, cujo julgamento de mérito ainda se encontra pendente.

Não há dúvidas de que, preenchidos alguns requisitos, tanto o brasileiro no exterior quanto o estrangeiro domiciliado no país têm direito à proteção previdenciária, consoante dispõe, por exemplo, o art. 11, I, “c”, “e”, “f” e o art. 11, V, “e” da Lei nº 8.213/91.

Do princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (art. 194, III, da CRFB/88) resulta a taxatividade dos benefícios previstos na legislação aplicável, devendo, ainda, a atuação estatal se direcionar às pessoas que mais precisam de proteção.

Relativamente ao princípio da unidade, tem-se que, para haver uma seguridade social efetiva, é imprescindível uma unidade legislativa, administrativa e financeira. Afinal, de nada adianta a previsão legal sem a necessária dotação orçamentária e o aparato administrativo para viabilizar no dia-a-dia a concretude dos direitos sociais.

Cabe destacar o pensamento de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein<sup>7</sup>, para quem o nível de proteção dos direitos sociais é determinado politicamente e não judicialmente, independentemente desses direitos estarem ou não constitucionalizados.

Parafraseando os mencionados autores, sem essa unidade legislativa, administrativa e financeira, o direito continua existindo, mas não será efetivo, já que não abrangerá milhares de cidadãos.

Além disso, também se aplica à seguridade social, tanto como um objetivo como um limite, o princípio da suficiência (ou efetividade). Por

7 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 121.

consequente, cabe à seguridade social afastar a necessidade social para permitir uma vida digna aos afetados por contingências, para que eles busquem desenvolver suas personalidades com liberdade, evitando-se, por outro lado, prestações pelo Poder Público de forma excessiva (que exorbitem a necessidade). O art. 201, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é um exemplo desse princípio da suficiência.

Pelo princípio da supletividade (ou subsidiariedade) da seguridade social, a ação estatal tem natureza substitutiva, no sentido de que o Estado substitui a atividade do particular.

Isso significa que a proteção social pelo Estado deverá ocorrer somente como um mecanismo supletivo, cabendo primordialmente ao indivíduo prover a própria subsistência e a de sua família.

Nesse sentido, o art. 229 da CRFB/88 prevê a assistência mútua e obrigatória entre pais e filhos e o art. 203, V, da CRFB/88 estabelece:

A garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem *não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família*, conforme dispuser a lei. (grifo nosso)

O Código Civil (Lei nº 10.406/2002), por sua vez, dispõe sobre a obrigação alimentícia existente no âmbito familiar do art. 1.694 até o art. 1.696, o que, novamente, confirma a subsidiariedade da seguridade social.

Já o princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (art. 194, II, da CRFB/88) veda a criação de benefícios diferenciados. Vale dizer, com a CRFB/88 o trabalhador rural tem direito à mesma proteção social conferida aos trabalhadores urbanos. Diante dos princípios da solidariedade e da isonomia, visando uma igualdade material, isso não impede que sejam garantidos às populações rurais benefícios em condições diferenciadas de custeio, haja vista as dificuldades e peculiaridades típicas do campo (como, por exemplo, maior número de relações de trabalho informais).

Merece destaque que esse princípio também deve ser interpretado em conjunto com o disposto no art. 201, § 12 e § 13, da CRFB/88, segundo o qual:

A Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo” e, também, “o sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.



O princípio da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, V, da CRFB/88) faz, por sua vez, com que haja o pagamento direto e indireto pela manutenção de todo o sistema da seguridade social, respeitada a capacidade contributiva, que é um princípio em matéria tributária.

Justamente por isso existe o adicional de contribuição pago em razão da exposição a agentes nocivos à saúde visando o pagamento da aposentadoria especial, que é recebido de forma precoce em relação a outros segurados do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Quanto ao princípio da diversidade da base de financiamento (art. 194, VI, da CRFB/88), os recursos para a manutenção da seguridade social devem ser os mais variados possíveis para que oscilações pontuais a depender do cenário econômico não comprometam todo o sistema.

À luz do princípio do caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa (art. 194, VII, da CRFB/88), a organização e o gerenciamento da seguridade social são feitos por todos os envolvidos e interessados.

Outrossim, o princípio da preexistência do custeio em relação aos benefícios ou serviços (art. 195, § 5º, da CRFB/88) preceitua que a criação ou a majoração de prestação social só pode ocorrer com a previsão da receita necessária para tanto.

A proibição da redução nominal do valor do benefício configura o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV, da CRFB/88). E, considerando a proteção ao mínimo existencial, há quem defenda decorrer desse princípio uma necessária atualização do benefício de acordo com a inflação do período<sup>8</sup>.

Como último princípio da seguridade social, a vedação ao retrocesso proíbe a involução na implementação das políticas sociais fixadas pela CRFB/88, sendo inconstitucional qualquer medida nesse sentido sem que haja a instituição de alternativas ou compensações<sup>9</sup>.

Como princípio específico da Previdência Social, tem-se a filiação obrigatória (art. 201 da CRFB/88).

Se fosse adotado um modelo puramente facultativo de recolhimento previdenciário, certamente o número de segurados seria bem menor do que o existente hoje.

E, para que a Previdência Social atinja sua finalidade, protegendo a todos e não apenas aqueles que voluntariamente contribuam para o sistema, é segurador obrigatório quem exercer atividade remunerada, razão pela qual a filiação é impositiva.

Ademais, diferentemente da assistência social, aplica-se à Previdência Social o princípio do caráter contributivo.

8 ZAMBITTE, Fábio. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói – RJ: Impetus, 2008. p. 60.

9 *Ibid.*, p. 64.

Merece destaque que o recolhimento do segurado empregado é feito pelo empregador, razão pela qual aquele não pode ser penalizado pela apropriação indébita ou não repasse das contribuições previdenciárias.

É necessário ressaltar que, a partir do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, com base em dados estatísticos e financeiros, deve haver uma relação autossuficiente entre a arrecadação e o pagamento de benefícios previdenciários.

Pelo princípio da garantia de um valor mínimo de benefício (art. 201, § 2º, da CRFB/88), é assegurado o valor de um salário-mínimo a todos os benefícios que substituem o salário-de-contribuição ou o rendimento do segurado.

Cabe salientar que o auxílio-acidente possui um caráter indenizatório pela incapacidade parcial adquirida pelo segurado, que pode exercer qualquer atividade compatível com a sua capacidade profissional e com suas limitações, razão pela qual não substitui o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado e, portanto, pode ter valor inferior ao salário-mínimo.

A Previdência Social é regida também pelo princípio da correção monetária dos salários-de-contribuição (art. 201, § 3º, da CRFB/88), segundo o qual, no momento da concessão do benefício, todos os salários-de-contribuição que integram o período de cálculo devem ser atualizados para se evitar perdas inflacionárias no valor a ser pago ao segurado.

O art. 201, § 4º, da CRFB/88 prevê o chamado princípio da preservação do valor real dos benefícios, que estabelece um reajustamento para preservar o valor real dos benefícios, ou seja, não basta a preservação do valor nominal tratada no art. 194, IV, da CRFB/88 (que dispõe sobre a irredutibilidade do valor dos benefícios).

Salienta-se que o art. 201, § 4º, da CRFB/88 prescreve que os critérios de reajustamento dos benefícios serão previstos em Lei, ou seja, nesse ponto se trata de uma norma constitucional de eficácia limitada.

O princípio da comutatividade (art. 201, § 9º, da CRFB/88) assegura a contagem recíproca de tempo de contribuição no serviço público (regime próprio de Previdência Social - RPPS) e na atividade privada (regime geral de Previdência Social - RGPS), havendo a compensação entre os diferentes sistemas previdenciários nos termos da Lei.

É facultado, ainda, o regime de previdência privada de caráter complementar e autônomo em relação ao RGPS. Trata-se do princípio da previdência complementar facultativa (art. 202 da CRFB/88).

Finalmente, o princípio da unicidade estabelece que o segurado do RGPS tem direito a apenas um benefício que substitua o seu rendimento. Nesse sentido, o art. 124 da Lei nº 8.213/91 traz um rol de benefícios inacumuláveis.

Após terem sido analisados o conceito, as funções e os vários princípios que regem a seguridade social e a Previdência Social, abordar-

se-á, em seguida, o controle jurisdicional dos atos administrativos, o que tem direta relação com o tema tratado no presente capítulo.

## 2 DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

### 2.1 Conceitos de Administração Pública e ato administrativo

Para se entender a natureza jurídica das decisões proferidas pelo INSS e o controle realizado pelo Poder Judiciário, é imprescindível, antes, ainda que de forma breve, conceituar a Administração Pública e os atos por ela praticados.

São precipuamente dois os sentidos empregados para a expressão Administração Pública<sup>10</sup>.

Pelo critério formal (orgânico ou subjetivo), a expressão Administração Pública, com as iniciais em letras maiúsculas, refere-se aos órgãos, entes e agentes públicos que exercem a atividade administrativa.

Por outro lado, utiliza-se a expressão administração pública, com letras minúsculas, em um sentido material (funcional ou objetivo) para designar a atividade administrativa propriamente dita e que incumbe, tipicamente, ao Poder Executivo.

Diz-se tipicamente porque é sabido que também o Poder Legislativo e o Poder Judiciário desempenham, atipicamente, atividades administrativas, quando tratam, por exemplo, de suas respectivas organizações internas, incluindo-se aqui a escolha para a destinação dos recursos orçamentários que lhes cabem, bem como outras questões afetas a seus servidores (atribuições, concessão de licenças, férias, apurações disciplinares etc...).

Dentro do critério formal (orgânico ou subjetivo), a Administração Pública é classificada em direta (centralizada) ou indireta (descentralizada).

A descentralização<sup>11</sup> caracteriza-se pela transferência da titularidade de atividades estatais para entidades que possuem personalidade jurídica própria e que serão responsáveis pela sua execução, sendo o caso das autarquias, das fundações, das sociedades de economia mista e das empresas públicas. Nesse caso, utiliza-se a nomenclatura Administração Pública indireta.

Já na Administração Pública direta, é o próprio ente federado (União, Estados, Distrito Federal - DF e Municípios), através dos órgãos públicos que o compõem, quem exerce essas atividades. Diferentemente do fenômeno anterior, aqui se tem a chamada desconcentração.

Corroborando essa classificação, cita-se o artigo 4º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a redação alterada pela Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987<sup>12</sup>.

10 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 49.

11 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 93-94.

12 Dispõe o artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67: "A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

Os atos da Administração, por sua vez, são todos aqueles praticados pela Administração Pública e podem ser regidos tanto pelo Direito Público quanto pelo Direito Privado.

Os atos da Administração regidos pelo Direito Público são chamados, especificamente, de atos administrativos.

Assim, todo ato administrativo é ato da Administração, mas o contrário não é verdade<sup>13</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua ato administrativo da seguinte maneira:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.<sup>14</sup>

Mostra-se oportuno transcrever a seguinte passagem da obra de Fernanda Marinela em relação às autarquias:

No que tange aos seus atos, eles são administrativos e devem obedecer a todos os seus requisitos, tais como: sujeito competente, forma prescrita em lei, motivo legal, objeto lícito e finalidade pública. Em razão da supremacia do interesse público que representam, gozam dos atributos de presunção de legitimidade, de autoexecutoriedade e de imperatividade, o que significa, respectivamente, são legais, legítimos e verdadeiros até que se prove o contrário, podem ser praticados independentemente da presença do Poder Judiciário e são coercitivos, obrigatórios. A autarquia também conta com a possibilidade de revisão de seus atos seja para invalidá-los, quando ilegais, ou revogá-los, quando inconvenientes, como exercício do princípio da autotutela.<sup>15</sup>

Tem-se que, em cumprimento ao art. 37, XIX, da CRFB/88, o INSS foi criado, por Lei, como autarquia federal a partir da fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS com o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, consoante dispõe o art. 17, *caput*, combinado com o art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.029/1990<sup>16</sup>, que,

---

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações Públicas".

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 200.

14 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 358.

15 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 101.

16 Dispõe o art. 17 da Lei nº 8.029/1990: "É o Poder Executivo autorizado a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como autarquia federal, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS, com o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, observado o disposto nos §§ 2º e 4º do art. 2º desta lei" (grifo nosso). O art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.029/1990 dispõe, por sua vez, que: "O Poder Executivo disporá, em decreto, sobre as estruturas, quadros de pessoal e atribuições das entidades a que se refere este artigo, respeitado, quanto às últimas, as atribuições básicas das entidades absorvidas" (grifo nosso).

expressamente, previu que as atribuições do IAPAS e do INPS (previstas na Lei nº 6.439/1977<sup>17</sup>) seriam absorvidas pelo INSS.

Especificamente quanto ao IAPAS, competiam-lhe atividades relacionadas à arrecadação, fiscalização e cobrança de contribuições destinadas ao custeio do sistema previdenciário e de assistência social (art. 13 da Lei nº 6.439/1977), atividades estas que cabem, atualmente, à Receita Federal do Brasil (Lei nº 11.457/2007), razão pela qual não se revela necessário maior aprofundamento acerca do assunto.

Já as atividades do INPS relacionavam-se à execução das políticas públicas previdenciária e de assistência social, o que ficou, portanto, a cargo do INSS (vide o art. 1º, do Anexo I, do Decreto nº 7.556/2011<sup>18</sup>).

Tem-se que, por se tratar de uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social, as decisões proferidas pelo INSS possuem natureza jurídica de ato administrativo.

## 2.2 Dos Atos Administrativos Vinculados E Discricionários

Dentre as diversas classificações possíveis para os atos administrativos, tem-se que, quanto ao grau de liberdade, eles se dividem em vinculados ou discricionários.

Segundo Celso Antônio Bandeira:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos ‘discricionários’, pelo contrário, seriam dos que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo

17 Dispõe o art. 5º da Lei nº 6.439/1977: “Art 5º - Ao INPS compete conceder e manter os benefícios e outras prestações em dinheiro, inclusive as atualmente a cargo do IPASE e do FUNRURAL, e os serviços não redistribuídos por força desta Lei a outra entidade, de acordo com os seguintes programas: I - programas de previdência social urbana, abrangendo os benefícios e outras prestações em dinheiro e os serviços de assistência complementar, reeducativa e de readaptação profissional, inclusive os relativos a acidentes do trabalho, devidos aos trabalhadores urbanos e seus dependentes, e aos servidores públicos federais regidos pela legislação trabalhista, na forma da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS (Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960) e legislação complementar e da Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976; II - programas de previdência social dos servidores do Estado, abrangendo os benefícios em dinheiro devidos aos dependentes dos funcionários públicos civis filiados ao IPASE, na forma de sua atual legislação; III - programas de previdência social rural, abrangendo os benefícios em dinheiro do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural - PRORURAL, e os decorrentes de acidente do Trabalho, inclusive a assistência complementar, reeducativa e de readaptação profissional, devida aos trabalhadores rurais e seus dependentes, na forma da atual legislação do FUNRURAL (Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, e Lei Complementar nº 16, de 30 de outubro de 1973) e da Lei nº 6.195, de 19 de dezembro de 1974, e ainda os benefícios em dinheiro e os serviços de readaptação profissional devidos aos empregadores rurais e seus dependentes, na forma da Lei nº 6.260, de 6 de novembro de 1975; IV - programa de amparo financeiro a idosos e inválidos, abrangendo as prestações em dinheiro devidas na forma da Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974”

18 Dispõe o 1º, do Anexo I, do Decreto nº 7.556/2011 que o INSS tem “por finalidade promover o reconhecimento de direito ao recebimento de benefícios administrados pela Previdência Social, assegurando agilidade, comodidade aos seus usuários e ampliação do controle social”.

critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.<sup>19</sup>

O ato administrativo é composto por cinco elementos: sujeito competente, forma, motivo, objeto e finalidade.

Nesse sentido, cita-se a Lei nº 4.717, de 29/06/1965, que dispõe sobre a ação popular e faz menção a estes elementos em seu art. 2º, *caput*<sup>20</sup>.

Segundo o entendimento de Raquel Melo Urbano de Carvalho<sup>21</sup>, haverá vinculação de um ato administrativo quando o ordenamento jurídico definir o sujeito competente, a forma pela qual a vontade se exteriorizará, o motivo pelo qual o ato poderá ser praticado, o comando administrativo dele resultante e a finalidade pública a ser atingida.

Por outro lado, a discricionariedade do ato administrativo será caracterizada quando, por exemplo, o elemento motivo não estiver determinado de forma pontual e direta no ordenamento jurídico.<sup>22</sup>

Para Maria Sylvia Di Pietro, um ato se qualifica como discricionário nos seguintes termos:

Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações que o administrador terá que enfrentar. Isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade da atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.<sup>23</sup>

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões

19 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 401.

20 Dispõe o artigo 2º da Lei 4.717/65 que: "são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

21 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2009. p. 428.

22 *Ibid.*, p. 428.

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 41.

da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>24</sup>

Complementando a exposição de Celso Antônio Bandeira de Mello, destaca-se, ainda, neste ponto, a possibilidade de o legislador utilizar conceitos jurídicos indeterminados, que muitas vezes são plurissignificativos, ou seja, deles se extraem muitos significados, dando uma margem de liberdade de escolha ao agente público. Neste caso, quando houver mais de uma possibilidade de interpretação e, assim, de aplicação concreta da norma, ter-se-á um ato discricionário. Não obstante tal entendimento, Raquel Melo Urbano de Carvalho leciona importante ressalva:

Pode ocorrer, contudo, que, após interpretar o conceito indeterminado à luz do regime jurídico público incidente em dado caso concreto, não remanesça liberdade alguma ao administrador público. O conceito, inicialmente vago, assume contornos precisos e que vinculam a ação administrativa em um só sentido, no tocante ao pressuposto fático que a autoriza e quanto ao comando que dela advirá. Nestes casos, embora em princípio uma regra legal admitisse cogitar-se certa liberdade administrativa, constata-se que tal liberdade desapareceu, após ser a regra interpretada em face das demais normas do sistema, ponderadas à luz do interesse público e direitos fundamentais. Os limites principiológicos e legais incidentes na espécie impediram que se mantivesse espaço de valoração pública conforme critérios de conveniência e oportunidade administrativas, porquanto um só motivo ou conteúdo é admissível perante aquelas especificidades concretas e jurídicas.<sup>25</sup>

Quanto aos atos de concessão, em si, de benefícios previdenciários e de assistência social, tratam-se de atos vinculados. Vale dizer, não se tem liberdade, juízo de valor, conveniência e oportunidade na sua prática. Preenchidos os requisitos legais, o Poder Público é obrigado a praticá-lo, deferindo o requerimento.

Após ter sido feita uma análise acerca da natureza jurídica do INSS e de suas decisões, proceder-se-á, agora, ao estudo do controle judicial desses atos.

### 2.3 Do controle de legalidade pelo Poder Judiciário

Uma das formas de extinção do ato administrativo, retirando-lhe do ordenamento jurídico, é a sua anulação em razão de sua ilegalidade.

24 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48.

25 CARVALHO, op. cit., p. 430.

E, no exercício da autotutela, a própria Administração Pública pode, observada a decadência<sup>26</sup>, rever seus atos (vide súmulas 346<sup>27</sup> e 473<sup>28</sup> do Supremo Tribunal Federal – STF).

Contudo, da mesma forma, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), o Poder Judiciário pode, novamente respeitado o prazo decadencial<sup>29</sup>, realizar o controle de legalidade do ato administrativo e, uma vez constatada a sua ilegalidade, anulá-lo.

Cabe salientar, ainda, que a anulação do ato administrativo produz, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*).

Por fim, mostra-se oportuno destacar, conforme tratado anteriormente no presente trabalho, que o reconhecimento da normatividade dos princípios acarretou uma mudança de paradigma e possibilitou o chamado controle de juridicidade dos atos administrativos em substituição à legalidade estrita:

A decomposição do Direito em princípios e regras delimitou dois campos distintos, porém não estanques: os campos da juridicidade – direito por princípios, dentre os quais o da legalidade, e o campo da legalidade – direito por regras, contido no primeiro, e no domínio do Direito Administrativo, ‘o princípio da juridicidade da administração substitui o princípio da legalidade, englobando-o’.<sup>30</sup>

Existem recentes decisões proferidas pelo STF e que exemplificam muito bem como tem sido feito esse controle de juridicidade dos atos administrativos praticados pelo INSS em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais, além de permitirem que se analisem os limites desse controle judicial.

26 A Lei nº 8.213/91 estabelece que: “Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)”

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)”

27 Pela súmula nº 346 do STF, “a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

28 Pela súmula nº 473 do STF, “a Administração Pública 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”.

29 A Lei nº 8.213/91 dispõe que: “Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004)

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)”

30 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 21.



Nesse sentido, citam-se os julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) dos Recursos Extraordinários (RE's) nº 567.985-3/MT, nº 580.963/PR e nº 630.501/RS, que serão analisados a seguir.

### **2.3.1 Do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 567.985-3/MT acerca do requisito miserabilidade para fins de concessão do benefício assistencial**

Revisando entendimento anterior contido na ADI nº 1.232, em que se reconheceu a constitucionalidade do critério objetivo de aferição da miserabilidade, o STF decidiu, recentemente, por maioria, no v. acórdão proferido no RE 567.985-3/MT, publicado em 03/10/2013, e com fundamento, dentre outros, no princípio da solidariedade, no princípio da dignidade da pessoa humana, na garantia do mínimo existencial e no princípio da proibição da concretização deficitária, pela inconstitucionalidade parcial, sem declaração de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

Para se entender o v. acórdão em questão, transcreve-se, abaixo, sua ementa:

*Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição.*

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

*2 Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.*

Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

*3 Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.*

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-

se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 567985, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)

O Ministro Marco Aurélio concluiu que a regra em abstrato contida no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 é constitucional, razão pela qual deveria ser mantida, mas, excepcionalmente, em casos específicos e considerando as circunstâncias envolvidas, sua aplicação seria inconstitucional à luz dos mencionados princípios constitucionais e do parâmetro de miserabilidade trazido pela CRFB/88.

Apesar de ter sido vencido por não declarar inconstitucional a norma em tela, merece destaque os seguintes excertos do voto do Ministro Marco Aurélio:

Mostra-se natural e desejável que certos conteúdos constitucionais sejam interpretados à luz da realidade concreta da sociedade, dos avanços culturais e dos choques que inevitavelmente ocorrem no exercício dos direitos fundamentais previstos apenas de modo abstrato na Carta.

[...]

Como, então, deve ser interpretada a cláusula constitucional 'não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família'? O objetivo do constituinte foi único: conferir proteção social àqueles incapazes de garantir a respectiva subsistência. Os preceitos envolvidos, como já asseverado, são os relativos à dignidade humana, à solidariedade

social, à erradicação da pobreza e à assistência aos desamparados. Todos esses elementos fornecem razões para uma interpretação adequada do benefício assistencial estampado na Lei Maior.

[...]

Com base nessa visão, conclui-se que existe certo grupo de prestações essenciais básicas que se deve fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando mínimo existencial.

[...]

São esses, alfim, os parâmetros materiais dos quais há de partir a interpretação da regra questionada. Indago: a concretização legislativa dos referidos princípios foi suficiente? À luz do caso concreto, tem-se que a resposta é desenganadamente negativa.

[...]

Em suma, está-se diante de situação em que a concretização do princípio da dignidade humana e do dever específico de proteção dos hipossuficientes – idosos e deficientes – encontra-se aquém do texto constitucional. Embora ainda pouco utilizado pelo Supremo, emerge como parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária, cujo fundamento último radica-se no dever, imputável ao Estado, de promover a edição de leis e ações administrativas efetivas para proteger os direitos fundamentais.

[...]

Posta a questão em jargão técnico, o Poder Judiciário derrotou uma regra. O dispositivo legal fornecia relato preciso e acabado da hipótese efetiva de atuação, o qual ficou suplantado pelo aplicador em favor de concepção mais ampla de justiça. Além disso, não se teceu sequer consideração quanto à validade da regra, que permanece hígida em abstrato. Desse quadro, é possível asseverar que se tem a constitucionalidade em abstrato do preceito legal, consoante assentado pelo Supremo, mas a inconstitucionalidade em concreto na aplicação da norma, consideradas as circunstâncias temporais e os parâmetros fáticos revelados.

[...]

Surge claro que os enunciados normativos, previstos em abstrato, podem resultar em incidências concretas que desatendam aos comandos constitucionais...

O mesmo Ministro Marco Aurélio analisou contrapontos ao seu raciocínio relacionados à legitimidade de uma função jurisdicional

que faz prevalecer as próprias convicções do julgador em detrimento dos critérios estabelecidos democraticamente através de um processo legislativo majoritário; bem como contrapontos relativos à insegurança jurídica e à reserva do possível. Seguem excertos dessa análise:

É preciso analisar o contraponto a esse raciocínio. Sabe-se que a forma como os dispositivos constitucionais e legais são redigidos encerra decisões do poder constituinte e do Poder Legislativo. Tais atos cristalizam acordos sociais a respeito de dilemas morais ou questões práticas do cotidiano sobre as quais recaem disputas. Permitir que sejam reabertas à discussão a cada novo processo judicial é arriscado sob duas perspectivas.

Primeiro, por viabilizar que o Juízo desconsidere soluções adotadas consoante o processo político majoritário e faça prevalecer as próprias convicções em substituição às adotadas pela sociedade. Sem que haja verdadeiro fundamento constitucional relevante, esse proceder acaba por retirar a legitimidade da função jurisdicional, calcada, conforme concepção clássica, no respeito às respostas moldadas de antemão pelo legislador.

Segundo, por trazer grande margem de insegurança ao sistema. Com efeito, as regras têm um objetivo de reduzir a incerteza na aplicação do Direito, permitindo que as pessoas pautem as condutas pela previsão abstrata, além de assegurar que a solução do sistema jurídico seja observada de modo isonômico...

Pode-se dizer que, ao afastar a regra legal, os magistrados estariam confrontando a dignidade do postulante, no caso concreto, com a dos demais cidadãos, também carentes de prestações públicas. É o conhecido argumento da reserva do possível.

Contudo, o Ministro Marco Aurélio afastou os contrapontos acima argumentando que:

A uma, porque o benefício de assistência social tem natureza restrita, não basta a miserabilidade, impõe-se igualmente a demonstração da incapacidade de buscar o remédio para tal situação em decorrência de especiais circunstâncias individuais. Essas pessoas, obviamente, não podem ser colocadas em patamar de igualdade com os demais membros da coletividade. Elas gozam de evidente prioridade na ação do Estado, assentada pelo próprio texto constitucional...

A duas, porquanto a superação da regra legal há de ser feita com parcimônia. Observem que cumpre presumir aquilo que normalmente acontece na interpretação do Direito: que juízes bem-intencionados vão apreciar, consoante a prova produzida no processo, a presença do estado de miséria, considerados os demandantes. O normal é a atuação de boa-fé. Além disso, vale ressaltar que o critério de renda atualmente

fixado está muito além dos padrões para fixação da linha de pobreza internacionalmente adotados. Esse elemento faz crer que a superação da regra será realmente excepcional.

A três, finalmente, porque o orçamento, embora peça essencial nas sociedades contemporâneas, não possui valor absoluto. A natureza multifária do orçamento abre espaço para encampar essa atividade assistencial que se mostra de importância superlativa no contexto da Constituição de 1988...

[..]

Em síntese, consigno que, sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados. Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevaletes os ditames constitucionais.

Conforme dito alhures, o Ministro Marco Aurélio foi vencido e, por maioria, o STF decidiu pela inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, sem declaração de nulidade. E o que significa isso?

Nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, após o julgamento da ADI nº 1232, houve um processo de inconstitucionalização do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 em razão de mudanças políticas, econômicas, sociais e legislativas.

Assim, o critério previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 seria insuficiente para determinar a existência ou não do requisito miserabilidade em toda e qualquer situação, razão pela qual a inconstitucionalidade seria parcial, tendo havido uma omissão do legislador ao deixar de prever outras situações em que a pessoa seria miserável e faria jus ao benefício assistencial.

Contudo, não houve declaração de nulidade, ou seja, a referida norma continua em vigor e pode ser aplicada administrativamente e judicialmente.

Essa técnica de declaração da inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade tem sido adotada pelo STF para lidar com situações em que o Tribunal vislumbra uma omissão do legislador.

Tendo prevalecido, por maioria, o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no sentido de negar provimento ao recurso e declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, sem pronúncia de nulidade, o que foi acompanhado pelas Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e pelos Ministros Luiz Fux e Celso de Mello,

cabe reproduzir a seguinte passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes, que foi designado como redator do v. acórdão:

Chamo a atenção para a possibilidade de uma inconstitucionalização. Nós já tivemos até aqui o caso da progressão de regime, em que nós declaramos a constitucionalidade da lei e, depois, nós viemos a declarar a sua inconstitucionalidade, seja por mudança nas circunstâncias fáticas, seja por mudanças nas circunstâncias jurídicas, seja por mudança no plexo de relação entre circunstâncias fáticas e jurídicas. Portanto, eu digo que isso é possível e acontece no sistema. E aí, então, repasso todas essas questões, e chamo a atenção que o debate sobre a omissão já ficara presente lá quando do julgamento da ADI nº 1.232, o Ministro Sepúlveda Pertence já apontava o déficit no modelo adotado.

Eu ressalto, então, todos esses aspectos e digo mesmo: o fato é que hoje o Supremo, muito provavelmente, não tomaria a mesma decisão que foi proferida em 1998 na ADI 1.232, a partir desses robustos indícios que estão aí. A jurisprudência atual supera, em diversos aspectos, os entendimentos naquela época adotados pelo Tribunal quanto ao tratamento da omissão inconstitucional, inclusive quanto à possibilidade, por exemplo, de, em caso de omissão parcial, nós valeremos da modulação de efeitos, por exemplo, de aplicarmos o artigo 27, deixarmos a lei em vigo, mas não declararmos a sua nulidade, que é um ponto importante para o qual chama a atenção o Ministro Marco Aurélio, declarar a unidade aqui é agravar o estado de inconstitucionalidade, distanciar-se ainda mais. Mas, hoje, já dispomos, então, dessa alternativa.

[...]

Por isso, Presidente, fazendo um rápido resumo, eu chego à conclusão também consistente do voto do Ministro Marco Aurélio, mas eu estou afirmando que houve um processo de inconstitucionalização que se deflagrou, um processo de inconstitucionalização do parágrafo 3º...”

A uma, porque o benefício de assistência social tem natureza restrita, não basta a miserabilidade, impõe-se igualmente a demonstração da incapacidade de buscar o remédio para tal situação em decorrência de especiais circunstâncias individuais. Essas pessoas, obviamente, não podem ser colocadas em patamar de igualdade com os demais membros da coletividade. Elas gozam de evidente prioridade na ação do Estado, assentada pelo próprio texto constitucional...

Ressalta-se, porém, que não houve quorum suficiente para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99<sup>31</sup> tal como pretendida pelo Ministro Gilmar

31 “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços

Mendes, qual seja, fixando-se um prazo (até 12/2015) para o Poder Legislativo estabelecer novos critérios de aferição de miserabilidade.

Feita uma análise do significado da decisão do STF no RE 567.985-3/MT, que ilustra claramente como o controle de juridicidade do ato administrativo ocorre a partir de princípios (e não de uma legalidade estrita), qual será o resultado prático dessa decisão?

Como a concessão de benefício assistencial é um ato vinculado, a princípio o INSS continuará a aplicar o critério objetivo de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo previsto no art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93 para aferição da miserabilidade, já que não houve pronúncia de nulidade pelo STF, e, com isso, a autarquia federal indeferirá, administrativamente, os requerimentos daqueles que não preencherem esse requisito.

Afinal, não restou claro da decisão do STF se o INSS poderia, no caso concreto, aferir a miserabilidade de outras formas (e, nesse caso, quais os critérios seriam utilizados) ou se caberia apenas ao Poder Judiciário essa análise.

E como funcionará a defesa judicial do INSS nessas situações, já que o STF não determinou parâmetros mínimos para que se verifique se a aplicação do critério de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo configura uma inconstitucionalidade? Podem os procuradores federais que representam o INSS em juízo celebrar acordos, mesmo tendo a autarquia previdenciária indeferido corretamente o benefício assistencial com base no art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93, que continua em vigor, ou devem simplesmente defender o ato administrativo praticado?

É sabido que, nos termos do art. 543-B do CPC<sup>32</sup>, foi reconhecida a repercussão geral no RE nº 567.985-3/MT, daí a importância do julgamento proferido pelo STF, uma vez que, apesar de não ter os efeitos vinculante e *erga omnes* típicos do controle abstrato de constitucionalidade, fará com que os Tribunais inferiores, as Turmas de Uniformização e as Turmas Recursais

---

de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

32 “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).”

apliquem essa orientação, resultando, ainda, praticamente na impossibilidade de se suscitar novamente essa questão através de outro recurso extraordinário perante o STF, já que se trataria de matéria fática e, como tal, provavelmente não será admitida pelo Supremo. Ou seja, no final, prevalecerá e transitará em julgado o que decidirem no caso concreto os órgãos de segundo grau de jurisdição. Por isso o art. 543-B do CPC é um exemplo do recente fenômeno chamado de abstrativização do controle difuso concreto.

Infelizmente, em prejuízo à segurança jurídica, o STF não determinou quais seriam os parâmetros a serem seguidos tanto pelo INSS quanto pelo Poder Judiciário, em complementação ao  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, para fins de concessão de benefício assistencial.

Assim, não será possível determinar *a priori* se a pessoa tem ou não direito ao benefício assistencial e, em tese, duas pessoas que se encontram na mesma situação fática podem receber decisões judiciais conflitantes a depender da localidade e do Juízo em que tramitar o processo.

Tal entendimento, inclusive, fomenta a própria litigância, já que o INSS continuaria aplicando o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e, se a pessoa não se conformar, o que certamente ocorrerá (afinal, por que aceitar?), incentivada também pela assistência judiciária gratuita, poderá ela ajuizar uma ação judicial questionando a juridicidade do indeferimento sem risco algum de arcar com qualquer ônus de sucumbência acaso sofra uma derrota, fazendo com que os parâmetros sejam estabelecidos caso a caso pelo Poder Judiciário. E, para piorar, como mencionado alhures, sem possibilidade de submissão ao STF para fins de confirmação da adequação da decisão recorrida frente ao julgado no RE 567.985-3/MT em sede de repercussão geral, já que se trataria de matéria fática, inadmissível de reapreciação pelo STF, não tendo sido estabelecidos parâmetros mínimos.

Criou-se, assim, toda essa dificuldade, que certamente implicará em insegurança jurídica e em fomento à litigância, gerando maiores encargos/despesas ao Poder Público. Ocorre que já existe toda uma estrutura administrativa onerosa para a execução da política pública da Assistência Social, que de nada adiantará, mantendo-se, paralelamente, uma estrutura cada vez maior do Poder Judiciário, que tende a crescer para atender à igualmente crescente demanda judicial (induzida por decisões como a aqui analisada), além dos gastos com a manutenção de procuradorias para representarem judicialmente o INSS.

Outrossim, apesar do v. acórdão proferido no RE 567.985-3/MT ter repellido a tese de fixação pelo Poder Judiciário dos critérios de aferição da miserabilidade, na realidade é exatamente isso o que a decisão do STF concretizará e permitirá que as instâncias inferiores façam no dia-a-dia, tendo sido chancelada a possibilidade de que o estabelecimento das políticas públicas sociais seja definido individualmente, paradoxalmente sem se atentar para o caráter universalizante que compõe o reconhecimento de tais direitos.



A solução para esse cenário desolador seria uma rápida atuação do legislador infraconstitucional para que, à luz do decidido pelo STF no RE 567.985-3/MT, sejam elaborados e combinados diferentes critérios visando a aferição da miserabilidade ensejadora do benefício assistencial.

### **2.3.2 Do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 580.963/PR acerca do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003 para fins de concessão do benefício assistencial**

Utilizando-se da mesma técnica de declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade e com fundamento no princípio da isonomia, o STF decidiu, até que haja alteração legislativa, pela possibilidade de interpretação extensiva do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) de modo que não apenas o benefício assistencial pago a pessoa idosa seja desconsiderado para o cálculo da renda familiar *per capita*, mas, também, por exemplo, que outro benefício previdenciário de aposentadoria ou pensão por morte pago ao idoso no valor de um salário mínimo seja desconsiderado para essa finalidade. Segue, abaixo, excerto do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes:

O conflito entre aplicação crua da lei e a adoção de critérios de justiça social permeou a discussão travada no presente processo, que versa sobre a aplicação do artigo 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/2003. A questão reside em saber se o referido dispositivo comporta somente interpretação restritiva ou pode ser estendido a outros casos, como ao benefício assistencial recebido por pessoa com deficiência ou ao benefício previdenciário em valor mínimo recebido por idoso.

A Lei 10.741/2003 dispõe que:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

No entender do INSS, a lei permite que seja deduzido da renda total da família tão somente benefício assistencial concedido a outro idoso. O Instituto repele, assim, qualquer interpretação extensiva à hipótese excepcional criada pelo legislador, ao argumento de afronta aos princípios da legalidade, da independência dos Poderes e da reserva legal (art. 2º, art. 44, caput, art. 48, caput, art. 59, III e art. 203, V, da Constituição Federal).

O INSS sustenta, ainda, que a interpretação extensiva do art. 34 do Estatuto do Idoso ofende o princípio da fonte de custeio total (art. 195, § 5o, da Constituição), porque amplia as hipóteses de concessão do benefício assistencial, sem indicar a correspondente fonte de custeio.

Por outro lado, não se pode olvidar que o critério adotado pelo legislador, não se revela suficiente para dar efetividade ao comando do art. 203, V, da Constituição, que garante aos idosos e pessoas com deficiência considerados hipossuficientes o direito a um salário mínimo, a título de benefício assistencial de prestação continuada.

Nesse contexto, diversos Juízos passaram a decidir que o benefício previdenciário de valor mínimo, ou outro benefício assistencial percebido por idoso, é excluído da composição da renda familiar (Súmula 20 das Turmas Recursais de Santa Catarina e Precedentes da Turma Regional de Uniformização); e também que o benefício assistencial percebido por qualquer outro membro da família não é considerado para fins da apuração da renda familiar.

Essas decisões foram impugnadas por meio de vários recursos e reclamações, ao fundamento principal de violação à autoridade da decisão proferida por esta Corte no julgamento da ADI 1.232, Rel. Min. Ilmar Galvão, Red. para acórdão Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJ 1.6.2001.

Ao julgar diversas reclamações sobre o tema, este Supremo Tribunal Federal permitiu a manutenção de decisões que concederam interpretação extensiva ao art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, ao fundamento de ausência de similitude entre o conteúdo das decisões impugnadas e a decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232.

Nesse sentido, a Reclamação 4.154, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31.3.2006; a Reclamação 4.270, Rel. Min. Eros Grau, DJ 25.4.2006; a Reclamação 4.016, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10.5.2006; e a Reclamação 4.195, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 14.9.2011.

Ocorre que a Corte também já teve a oportunidade de enfrentar a questão em sede de recurso extraordinário e sempre assentou que a interpretação extensiva dada ao art. 34 do Estatuto do Idoso não contraria o art. 203, V, da Constituição nem viola a autoridade da decisão proferida no julgamento da ADI 1.232. Nesse sentido, registro o AI-AgR 590.169, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 9.2.2007; o RE 561.936, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 9.5.2008; e o RE 569.065, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 10.10.2010, este último com a seguinte ementa:

‘AGRAVO REGIMENTAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. Lei 10.741/2003, art. 34, parágrafo único. LEI 8.742/1993, art. 20, § 3o. A Turma Recursal de origem não afastou o critério estabelecido no art.

20, § 3o, da Lei 8.742/1993, ao julgar procedente o pedido de concessão de benefício assistencial nos termos do Estatuto do Idoso. Decisão em conformidade com o decidido por esta Corte no julgamento da ADI 1.232, rel. min. Ilmar Galvão. Matéria diversa daquela tratada no RE 567.985, cuja repercussão geral já foi reconhecida por este Tribunal. Agravo regimental a que se nega provimento.'

Esses precedentes revelam, no mínimo, uma condescendência da Corte com a postura adotada pelo diversos Juízos brasileiros que dão interpretação extensiva ao art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, por entenderem ser inconstitucional, por omissão parcial, o critério adotado pelo legislador para excluir do cálculo da renda familiar unicamente o benefício assistencial recebido pelo idoso.

Registre-se, também, que a opção legislativa permite muitas distorções para concessão do benefício analisado, o que põe em dúvida a constitucionalidade do dispositivo apreciado.

Inicialmente, não se vislumbra qualquer justificativa plausível para a discriminação das pessoas com deficiência em relação aos idosos, razão pela qual a opção legislativa afronta o princípio da isonomia.

Imagine-se a situação hipotética de dois casais vizinhos, ambos pobres, sendo o primeiro composto por dois idosos e o segundo por um portador de deficiência e um idoso. Nessa situação, os dois idosos casados teriam direito ao benefício assistencial de prestação continuada, entretanto o idoso casado com o deficiente não poderia ser beneficiário do direito, nos termos da lei, se o seu parceiro portador de deficiência já recebesse o benefício.

Isso revela uma absurda falta de coerência do sistema, tendo em vista que a própria Constituição elegeu as pessoas com deficiência e os idosos, em igualdade de condições, como beneficiários desse direito assistencial.

Registre-se, ainda, que o benefício previdenciário de aposentadoria, ainda que no valor de um salário mínimo, recebido por um idoso também obstaculiza a percepção de benefício assistencial pelo idoso consorte, pois o valor da renda familiar per capita superaria 1/4 do salário mínimo definido pela Lei 8.742/1993 como critério para aferir a hipossuficiência econômica, já que benefícios previdenciários recebidos por idosos não são excluídos do cálculo da renda familiar.

Em consequência, esta última situação acaba por desestimular trabalhadores com idade avançada a contribuírem para a previdência social. Isso porque pessoas com idade superior a 50 anos, com baixa qualificação e reduzidas chances no mercado de trabalho são candidatos a receber benefícios assistenciais. Portanto, parece ser racional não contribuir para a previdência, nessas condições, até porque o custo das contribuições para os trabalhadores é elevado.

Feitas essas considerações, é possível verificar que o Supremo Tribunal Federal, ainda que por via oblíqua – inadmissibilidade de recursos e reclamações por questões meramente formais –, permitiu a propagação de decisões que atribuem interpretação extensiva ao art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso.

Entretanto, agora se está a julgar um processo com repercussão geral, cuja decisão servirá de parâmetro para um sem-número de outros casos, portanto é necessário que a Corte efetivamente enfrente esta séria controvérsia de cunho constitucional.

É preciso orientar a resolução definitiva desta celeuma, pois decisões judiciais como a ora impugnada não resolvem, por si sós, a insuficiência da política pública adotada pelo Governo, além de ter impactos orçamentários de grande vulto – divulga-se que, até o final deste ano de 2012, o custo anual do benefício assistencial será superior a 25 bilhões de reais.

Toda a problemática enfrentada evidencia que a política pública deve ser revista e reajustada, de modo a melhor se adequar aos comandos Constitucionais. O legislador deve, ainda, tratar a matéria de forma sistemática.

Isso significa dizer que todos os benefícios da seguridade social (assistenciais e previdenciários) devem compor um sistema consistente e coerente. Com isso, podem-se evitar incongruências na concessão de benefícios, cuja consequência mais óbvia é o tratamento injusto e anti-isonômico entre os diversos beneficiários das políticas governamentais de assistência social.

Por essas razões, proponho a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003, sem pronúncia de nulidade, com a fixação de prazo de dois exercícios financeiros para que o Poder Legislativo redefina a política pública do benefício assistencial de prestação continuada, para suprimir as inconstitucionalidades apontadas.

Ante o exposto, voto no sentido de julgar improcedente o recurso e declarar a inconstitucionalidade do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, sem pronúncia da nulidade, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2014.

Mais uma vez, como não houve declaração de nulidade, o INSS continuará aplicando a letra da Lei, indeferindo requerimentos administrativos, do que resultará, invariavelmente, o ajuizamento de ações judiciais.

### **2.3.3 Do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 630.501/RS acerca do melhor benefício**

Outro julgamento recente do STF (com o trânsito em julgado em 23/09/2013) e que também exemplifica muito bem como tem sido feito o controle de juridicidade dos atos administrativos praticados pelo INSS em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais ocorreu no RE

630.501/RS, no qual também se reconheceu a repercussão geral nos termos do art. 543-B do CPC.

Na ocasião o STF decidiu, por maioria, com fundamento no art. 5º, XXXVI, da CRFB/88 e novamente em detrimento de uma legalidade estrita, pela existência de um direito adquirido ao benefício mais vantajoso, ainda que proporcional. Os excertos a seguir do voto da Ministra relatora Ellen Gracie dão a dimensão do julgado:

Faz-se necessário compreender com clareza a pretensão do recorrente. Busca ele ver reconhecido o direito de que a renda inicial da sua aposentadoria seja a maior possível, para tanto cotejando-se os cálculos e reajustes que teriam sido feitos caso o benefício tivesse sido requerido em mês anterior, quando já cumpridos os requisitos.

[...]

O instituto do direito adquirido insere-se normalmente nas questões de direito intertemporal. Não temos, no nosso direito, uma garantia ampla e genérica de irretroatividade das leis, mas a garantia de que determinadas situações jurídicas consolidadas não serão alcançadas por lei nova. Assegura-se, com isso, a ultratividade da lei revogada em determinados casos, de modo que o direito surgido sob sua vigência continue a ser reconhecido e assegurado.

[...]

Quando a lei nova menos favorável não ressalva os direitos adquiridos e a Administração não os respeita, esta Corte os assegura, dando efetividade à garantia constitucional.

[...]

O que este Supremo Tribunal Federal não reconhece é o direito adquirido a regime jurídico, ou seja, não considera abrangido pela garantia constitucional a proteção de simples expectativas de direitos.

Também não admite a combinação dos aspectos mais benéficos de cada lei com vista à criação de regimes híbridos.

[...]

O presente recurso extraordinário traz à consideração uma outra questão. Discute-se se, sob a vigência de uma mesma lei, teria o segurado direito a escolher, com fundamento no direito adquirido, o benefício mais vantajoso consideradas as diversas datas em que o direito poderia ter sido exercido. Em outras palavras, o recurso versa sobre a existência ou não de direito adquirido ao cálculo da renda mensal inicial (RMI) com base em data anterior a do desligamento do emprego ou da entrada do requerimento (DER) por ser mais vantajoso ao beneficiário.

[...]

O direito adquirido ao melhor benefício implica a possibilidade de o segurado ver o seu benefício deferido ou revisado de modo que corresponda à maior renda possível no cotejo entre a renda mensal inicial obtida e as rendas mensais que estaria percebendo, naquele momento, se houvesse requerido em algum momento anterior o benefício, desde quando possível a aposentadoria proporcional.

Recalcula-se o benefício fazendo retroagir hipoteticamente a DIB (Data de Início do Benefício) à data em que já teria sido possível exercer o direito à aposentadoria e a cada um dos meses posteriores em que renovada a possibilidade de exercício do direito, de modo a verificar se a renda seria maior que a efetivamente obtida por ocasião do desligamento do emprego ou do requerimento.

O marco para fins de comparação é, pois, a data do desligamento ou do requerimento original, sendo considerado melhor benefício aquele que corresponda, à época, ao maior valor em moeda corrente nacional.

Observados tais critérios, se a retroação da DIB não for mais favorável ao segurado, não há que se admitir a revisão do benefício, ainda, que se invoque conveniência decorrente de critérios supervenientes de recomposição ou reajuste diferenciado dos benefícios.

### **3 ANÁLISE DOS ÍNDICES DE CONCESSÃO JUDICIAL DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS**

#### **3.1 Índice de concessão judicial (ICJ) de benefícios**

Visando possibilitar uma análise dos resultados das demandas judiciais envolvendo benefícios previdenciários e assistenciais, em especial a identificação de situações geradores de concessões judiciais, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (PFE-INSS) utiliza, dentre outros indicadores, o chamado índice de concessão judicial (ICJ).

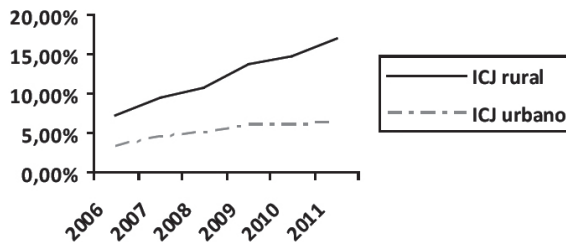
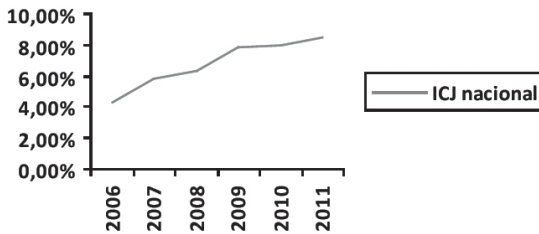
Nos termos da Portaria PFE-INSS nº 273/2011, atualmente em vigor, o ICJ mensura a proporção dos benefícios concedidos judicialmente em relação ao número total de deferimentos pelo INSS, multiplicando-se, para tanto, o resultado dessa divisão por 100 (cem).

E, conforme consta do sítio eletrônico da PFE-INSS<sup>33</sup>, relativamente aos anos de 2006 a 2011, percebe-se que, apesar do número de concessões judiciais ser bem menor do que o número de concessões administrativas, existe uma tendência de aumento do ICJ ano após ano:

<sup>33</sup> Disponível em: <<http://www-pfeinss/pfeinss/index.php?option=content&view=article&id=728:materiais&catid=37:matéria-de-benefícios&Itemid=428>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

ÍNDICE DE CONCESSÃO JUDICIAL - ICJ			
	ICJ nacional	ICJ urbano	ICJ rural
2006	4,25%	3,34%	7,16%
2007	5,78%	4,60%	9,48%
2008	6,31%	4,97%	10,68%
2009	7,82%	5,90%	13,85%
2010	7,94%	5,94%	14,64%
2011	8,50%	6,19%	16,95%

Essa situação de aumento das concessões judiciais pode ser melhor visualizada por meio dos gráficos a seguir:



Ademais, percebe-se que, nesse intervalo de 6 (seis) anos, o ICJ nacional dobrou, passando de 4,25% para 8,50%, e, ainda, vê-se que o número de concessões judiciais de benefícios rurais supera o número de concessões judiciais de benefícios urbanos, além da inclinação da linha de concessão judicial dos benefícios rurais ser mais acentuada (vale dizer, o ritmo de concessão judicial de benefícios rurais cresce a uma velocidade maior do que a concessão judicial de benefícios urbanos).

Veremos, a seguir, possíveis razões que explicam essa tendência de aumento no número de concessões judiciais.

### 3.2 POSSÍVEIS CAUSAS DE LITIGIOSIDADE

#### 3.2.1 Do benefício assistencial

Primeiramente, como exposto acima, decisões judiciais como a proferida pelo STF no julgamento do RE 567.985-3/MT fomentam a litigiosidade e, como resultado, contribuem para o aumento das concessões judiciais.

Afinal, pelo próprio julgamento do RE 567.985-3/MT, não houve alteração da rotina administrativa e, enquanto não houver alteração legislativa, o INSS continuará a aplicar pura e simplesmente o critério objetivo de miserabilidade previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, já que não foi declarada a sua nulidade pelo STF, e, por consequência, serão indeferidos administrativamente os requerimentos de benefício assistencial daquelas pessoas que tiverem renda familiar *per capita* superior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, cabendo ao Poder Judiciário a análise do caso concreto para conceder ou não o benefício pleiteado a partir de princípios constitucionais (ao invés da letra fria da Lei) como, por exemplo, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da garantia do mínimo existencial e do princípio da proibição da concretização deficitária.

Isso ainda tem outro custo para o INSS, difícil de ser mensurado, que é a imagem negativa da autarquia federal perante a sociedade em geral que, cada vez mais, tenderá a buscar o Poder Judiciário para obter a prestação previdenciária pretendida<sup>34</sup>.

Outro ponto de divergência entre a atuação administrativa e a judicial diz respeito à caracterização da deficiência para fins de concessão de benefício assistencial.

Nesse ponto, cabe ressaltar que, recentemente, houve alteração do critério de deficiência definido na legislação da Assistência Social, não mais se confundindo, hoje, deficiência com mera incapacidade para o trabalho.

Com efeito, devido à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência firmada pelo Brasil em 2008, a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) passou a ser utilizada pelo INSS para fins de caracterização de deficiência, combinando-se, para tal finalidade, a existência dos chamados

<sup>34</sup> ALVES, Adler Anaximandro de Cruz. Atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. *Revista da AGU*, ano IX, n. 23. Brasília-DF, jan/mar. 2010. p. 44.



impedimentos de longo prazo com barreiras de diversas naturezas que podem obstruir a plena e efetiva participação do indivíduo na sociedade em igualdade de condições com outras pessoas. Nesse sentido, o art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei nº 12.470/2011, prevê que:

*Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)*

[...]

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)”

Ademais, seguindo a CIF, para concluir pela existência ou não de deficiência, o INSS atribui uma pontuação para o requerente do benefício assistencial combinando, para tanto, uma análise tanto das funções e estruturas do corpo, quanto das atividades e da participação da pessoa na sociedade, bem como dos fatores ambientais que podem interferir nisso. Segue, abaixo, uma tabela que permite visualizar como é feita essa pontuação:

%	Funções do corpo	Atividades e participação	Fatores contextuais
0 a 4	N e n h u m a deficiência (0)	Nenhuma dificuldade (0)	Nenhuma barreira (0)
5 a 24	Deficiência leve (1)	Dificuldade leve (1)	Barreira leve (1)
25 a 49	D e f i c i ê n c i a moderada (2)	Dificuldade moderada (2)	Barreira moderada (2)
50 a 95	Deficiência grave (3)	Dificuldade grave (3)	Barreira grave (3)
96 a 100	D e f i c i ê n c i a completa (4)	Dificuldade completa (4)	Barreira completa (4)

Ocorre que nas ações judiciais envolvendo benefício assistencial, tem sido comum a realização de perícias médicas para a confirmação

ou não da existência de deficiência, mas em muitos casos não se tem utilizado a CIF para essa aferição.

Ou seja, o INSS atribui uma pontuação para concluir pela existência ou não de deficiência ensejadora do benefício assistencial, enquanto o Poder Judiciário não. Isso, com certeza, pode gerar conclusões distintas das proferidas pelos médicos peritos do INSS e, por conseguinte, pode resultar na concessão judicial de benefícios assistenciais que foram indeferidos administrativamente.

Além disso, não raras vezes, em alguns processos judiciais ainda se tem confundido a definição de deficiência atualmente vigente com a antiga incapacidade para o trabalho.

Como resultado, no final, haverá um indeferimento administrativo e uma concessão judicial.

Uma possível solução para essa situação seria a unificação dos quesitos a serem respondidos tanto na via administrativa quanto em Juízo, o que permitiria, assim, saber se a decisão administrativa foi adequada ou não.

Em fim, enquanto os critérios de miserabilidade e de deficiência não forem absolutamente os mesmos nas duas instâncias (administrativa e judicial), haverá uma tendência de crescimento do ICJ.

### 3.2.2 Dos benefícios rurais

A partir do art. 48 combinado com o art. 55, § 3º, e com o art. 143, todos da Lei nº 8.213/91, tem-se que, para fazer jus ao benefício de aposentadoria por idade no valor de um salário mínimo, basta ao trabalhador rural comprovar que completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, ou 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e que, mediante início de prova material, desempenhou atividade rural em número de meses idênticos à carência do benefício de acordo com a tabela progressiva do art. 142, além de se observar o disposto no art. 2º da Lei nº 11.718/08:

Lei nº 8.213/91

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do

inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999)

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

§ 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

§ 4º Para efeito do § 3º deste artigo, o cálculo da renda mensal do benefício será apurado de acordo com o disposto no inciso II do caput do art. 29 desta Lei, considerando-se como salário-de-contribuição mensal do período como segurado especial o limite mínimo de salário-de-contribuição da Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

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

[...]

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

[...]

Art. 142. Para o segurado inscrito na Previdência Social Urbana até 24 de julho de 1991, bem como para o trabalhador e o empregador

rural cobertos pela Previdência Social Rural, a carência das aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial obedecerá à seguinte tabela, levando-se em conta o ano em que o segurado implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício: (Artigo e tabela com nova redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Ano de implemento das condições	Meses de contribuições exigidos
1991	60 meses
1992	60 meses
1993	66 meses
1994	72 meses
1995	78 meses
1996	90 meses
1997	96 meses
1998	102 meses
1999	108 meses
2000	114 meses
2001	120 meses
2002	126 meses
2003	132 meses
2004	138 meses
2005	144 meses
2006	150 meses
2007	156 meses
2008	162 meses
2009	168 meses
2010	174 meses
2011	180 meses

Art. 143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea “a” do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício. (Redação dada pela Lei nº. 9.063, de 1995); (Vide Lei nº 11.368, de 2006); (Vide Medida Provisória nº 410, de 2007). (Vide Lei nº 11.718, de 2008)

Lei nº 11.718/2008

Art. 2º Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo ao trabalhador rural enquadrado na categoria de segurado contribuinte individual que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a 1 (uma) ou mais empresas, sem relação de emprego.

Destaca-se a exigência pela legislação previdenciária da necessidade de início de prova material para fins de reconhecimento de tempo rural (art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91). Vale dizer, é vedada a prova exclusivamente testemunhal. Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a súmula nº 149, segundo a qual “*a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.*”

Ocorre que um ponto de divergência entre os entendimentos administrativo e o judicial diz respeito justamente ao conceito de início de prova material. Haveria, aqui, um subjetivismo que resultaria em um grande indeferimento administrativo e uma igualmente grande concessão judicial?

Existe estudo realizado por Adler Anaximandro de Cruz e Alves<sup>35</sup> que, a partir de dados estatísticos do INSS relativamente ao número total de requerimentos e ao número total de indeferimentos administrativos no primeiro semestre de 2007, indicaria justamente a existência desse subjetivismo, além de uma velada cultura de indeferimento administrativo:

*Filtrando-se os dados da tabela acima e depurando a pesquisa por Gerência (Unidade Administrativa do INSS), pode-se aferir um dado igualmente importante: Unidades do INSS em uma mesma micro-região (Vide e.g. as Gerências da cidade de São Paulo) ou de uma meso-região (vide e.g. as Gerências de Porto Alegre e Caxias do Sul), apesar da similaridade demográfica e econômica, apresentam dados sensivelmente díspares.*

Esta disparidade de indeferimentos, sem uma padronagem ou desvio-padrão, indicam que pode estar havendo uma subjetivação excessiva na análise dos benefícios previdenciários, já que há uma grande uniformidade dos pleitos administrativos nestas Gerências.

Estatisticamente, é comum verificarmos dentro da tabela indicada, distorções de quase 20% (vinte por cento) entre cidades de mesmo perfil sócio-econômico, como Londrina/PR, que apresenta 38% (trinta e oito por cento) indeferimento e Maringá, com 45% (quarenta e cinco por cento) indeferimento. Uma distorção ainda mais nítida se verifica quando se compara Londrina/PR com outra cidade de

35 ALVES, op. cit., p. 29-31.

perfil similar, Ponta Grossa/PR, com mais de 50% (cinquenta por cento) de indeferimento. A distorção, nesse caso, aponta para mais de 40% (quarenta por cento) de diferença entre as unidades, o que denota uma absoluta inexistência de padrão de indeferimento.

*Esta falta de padrão é meio hábil a comprovar que há ‘subjetivação’ na análise dos pedidos de benefício. Essa ‘subjetivação’ pode ser entendida como o excesso de discricionariedade atribuído ao servidor que analisa o pleito nas Agências da Previdência Social e que, pela falta de uma capacitação que incuta procedimentos padrões rígidos, faz com que cada unidade possa ter seus próprios padrões e critérios para concessão de benefícios, mesmo que relevadas as diferenças sócio-econômicas das diferentes localidades.*

Além de não haver um padrão estatístico de indeferimento compatível com a similaridade entre regiões com mesmo perfil populacional e econômico, é passível de registro um dado que corrobora a suspeita da existência de *velada cultura de indeferimento*.

[...] os dados relativos a indeferimento de benefícios jamais retrocedem, ainda que em diversos Estados haja tido crescimento negativo no número de requerimentos. *Nos vinte Estados da Federação, houve no ano período avaliado diminuição de pedidos em vinte e três Estados, mas os números de indeferimento não se reduziram em nenhum Estado*”. (grifo nosso)

BENEFÍCIOS REQUERIDOS E INDEFERIDOS ATÉ 25/06/2007			
Gerência Executiva	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
Londrina	34.033	13.167	38,69 %
Maringá	30.369	13.732	45,22 %
Ponta Grossa	41.962	21.105	50,30 %
Porto Alegre	45.164	21.661	47,96 %
Caxias do Sul	26.691	9.476	35,50 %
SP - Centro	80.412	43.983	54,70 %
SP - Norte	48.810	30.656	62,81 %
SP - Oeste	33.211	17.462	52,58%
SP - Sul	75.437	41.239	54,67 %
SP - Leste	56.896	34.472	60,59 %

Regiões	Requeridos				Indeferidos			
	Total	Varição em relação ao mês anterior	Benefícios por incapacidade	Demais benefícios	Total	Varição em relação ao mês anterior	Benefícios por incapacidade	Demais benefícios
Norte	26.494	-1,54	13.088	13.406	10.664	12 (aprox.)	6.786	3.878
Nordeste	132.925	0,68	60.824	72.101	57.443	12 (aprox.)	36.072	21.371
Sudeste	312.558	-8,18	228.769	83.789	173.564	8,99	142.970	30.594
Sul	113.883	-9,42	78.292	35.591	54.492	8,82	39.562	14.930
Centro-Oeste	34.226	-5,39	22.631	11.595	15.252	11,21	11.495	3.757

E seriam vários os fatores que contribuem para essa cultura de indeferimento administrativo, dentre os quais estariam a insegurança e o receio do servidor do INSS em relação à auditoria da própria entidade combinados com a exigência de uma maior eficiência no cumprimento de metas traçadas para a análise dos requerimentos administrativos (leia-se, maior número em menor tempo):

A análise do perfil do indeferimento administrativo de prestações previdenciárias trazem duas conclusões importantes na identificação de fatores de litigiosidade envolvendo INSS e segurado: o receio do servidor do INSS em conceder o benefício quando o ato de concessão gerar alguma espécie de dúvida; as metas que o servidor necessita cumprir, promovendo decisões sem a devida análise dos processos administrativos.<sup>36</sup>

#### 4 CONCLUSÃO

Para a efetivação dos direitos fundamentais de 2ª geração abrangidos pela Seguridade Social, é imprescindível a atuação do INSS, autarquia federal criada justamente para essa finalidade de execução das políticas públicas previdenciária e de Assistência Social.

Afinal, para que haja uma concreta e verdadeira proteção do maior número possível de cidadãos em face das inúmeras contingências sociais existentes, não basta a mera previsão legislativa, sendo necessária também a existência de um aparato administrativo que a implemente.

36 TRICHES, Alexandre Schumacher. Identificando importantes causas geradoras de litigiosidade envolvendo INSS e segurado da Previdência Social. *Revista de Previdência Social*, v. 36, n. 380, jul. 2012. p. 572-578.

E, considerando o elevado número de segurados do RGPS (próximo de 27 milhões<sup>37</sup>) e de seus dependentes, em relação aos quais o INSS mantém complexas relações jurídicas, é natural que haja um igualmente elevado número de ações judiciais.

Porém, infelizmente, é notório o excessivo número de processos contra o INSS envolvendo benefícios previdenciários e que se acumulam no Poder Judiciário.

Além disso, uma análise do ICJ indica que tem havido um aumento na concessão judicial de benefícios previdenciários.

Essa situação resulta de inúmeras razões, algumas causadas pelo próprio INSS, mas outras de origem externa, como decisões judiciais que fomentam a litigância.

Diante do reconhecimento da normatividade dos princípios, surgiu o chamado controle de juridicidade dos atos administrativos, que não se limita à mera verificação da legalidade em sentido estrito, mas, sim, que abrange, também, um juízo de conformidade do ato questionado com os princípios jurídicos vigentes.

No dia-a-dia da prática forense essa constatação fica bastante evidenciada, já que não são poucas as decisões judiciais de primeira instância ou em sede recursal que se fundamentam (por vezes exclusivamente) em princípios jurídicos para reconhecer ou não algum direito, principalmente no âmbito da seguridade social.

Nesse sentido, cita-se, por exemplo, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do RE nº 567.985-3/MT, em que o STF declarou a inconstitucionalidade, sem declaração de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

Ocorre que, à luz do v. acórdão proferido pelo STF no supradito RE, enquanto não houver alteração legislativa, o INSS não alterará sua rotina administrativa e, portanto, continuará a aplicar pura e simplesmente o critério objetivo de miserabilidade previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, já que não foi declarada a sua nulidade pelo STF.

Por consequência, serão indeferidos administrativamente os requerimentos de benefício assistencial daquelas pessoas que tiverem renda familiar *per capita* superior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, assumindo o Poder Judiciário a análise do caso concreto para conceder ou não o benefício pleiteado a partir de princípios constitucionais (ao invés da letra fria da Lei) como, por exemplo, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da garantia do mínimo existencial e do princípio da proibição da concretização deficitária.

No julgamento do RE 567.985-3/MT o STF repeliu, expressamente, a tese de fixação pelo Poder Judiciário de parâmetros/critérios mínimos

37 TRICHES, Alexandre Schumacher. Identificando importantes causas geradoras de litigiosidade envolvendo INSS e segurado da Previdência Social. *Revista de Previdência Social*, v 36, n. 380, jul. 2012. p. 577.



de aferição da miserabilidade ao argumento de que caberia ao Poder Legislativo fazê-lo, mas, na realidade, é exatamente isso o que a decisão do STF concretizará e, pior, permitirá que as instâncias inferiores façam.

Com efeito, foi chancelada a possibilidade de que o estabelecimento das políticas públicas sociais seja definido individualmente, paradoxalmente sem se atentar para o caráter universalizante que compõe o reconhecimento de tais direitos.

E, reitera-se, decisões como essas fomentam a litigância.

Contudo, a partir de uma análise dos números de indeferimentos administrativos, é possível verificar que o INSS também dá causa a esse ajuizamento excessivo de ações judiciais, seja por meio de um subjetivismo ou de uma velada cultura de indeferimento existente em razão da insegurança e do receio do servidor frente à auditoria da autarquia combinados com a exigência de uma maior eficiência no cumprimento de metas traçadas para a análise dos requerimentos administrativos.

Infelizmente, essas causas geradoras de uma litigância exacerbada resultam numa maior onerosidade de direitos assegurados constitucionalmente e legalmente, pois já existe toda uma estrutura administrativa cara para a execução das políticas públicas previdenciária e da Assistência Social, que, no entanto, de nada adiantará, mantendo-se, paralelamente, uma estrutura cada vez maior do Poder Judiciário, que tende a crescer para atender à igualmente crescente demanda judicial, além dos gastos com a manutenção de procuradorias para representarem judicialmente o INSS.

No final, será o próprio cidadão quem arcará com isso, tanto pela demora no reconhecimento de seu direito, quanto pelo maior custo que será pago via tributação.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. São Paulo: Universitária de Direito, 2009.

ALEXY, Roberto. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Adler Anaximandro de Cruz. Atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. *Revista da AGU*, ano IX, n. 23. Brasília-DF, jan./mar. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOLLMANN, Vilian. Princípios constitucionais da previdência social. *Justiça do Trabalho*, v. 24, n. 277.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2009.

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

LOUREIRO, João Carlos. Constituição da segurança social: sujeitos, prestações e princípios. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 84, 2008.

MACEDO, José Leandro Monteiro. Breves considerações sobre os princípios da seguridade social. *Gênesis: Revista de Direito do Trabalho*, v. 17, n. 102.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

TRICHES, Alexandre Schumacher. Identificando importantes causas geradoras de litigiosidade envolvendo INSS e segurado da Previdência Social. *Revista de Previdência Social*, v. 36, n. 380, jul. 2012.

ZAMBITTE, Fábio. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói – RJ: Impetus, 2008.