MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR

**RESOLUÇÃO DO CONFLITO PREVIDENCIÁRIO E DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Antonio Rodrigues de Freitas Jr.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo – SP

2014

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR

**RESOLUÇÃO DO CONFLITO PREVIDENCIÁRIO E DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração em Direitos Humanos, sob a orientação do Professor Associado Antonio Rodrigues de Freitas Jr..

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**
São Paulo – SP
2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar ao bom Deus, que me permitiu a graça de concluir este Doutorado, sonho de longa data, sob condições tão adversas de saúde. É a bondade divina que tudo permite e lhe devemos prestar sempre o devido tributo.

Agradeço em igual medida de importância ao Professor Antonio Rodrigues de Freitas Jr., que caminhos tortuosos colocaram em minha jornada acadêmica, aprimorando-a e inculcando-lhe níveis metodológicos que ainda não lograra obter. Mas agradeço sobretudo a acolhida fraterna e generosa, principalmente o grau de humanidade despendido nesta reta final.

À competente Banca de Qualificação, composta pelos professores Guilherme de Assis Almeida e Rodrigo Garcia, tendo propiciado valiosa contribuição, sobretudo maior atenção ao tema dos direitos humanos.

Não posso deixar de prestar homenagens ao insigne Desembargador Federal Paulo Fontes, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que teve a sensibilidade de autorizar a licença acadêmica para conclusão deste trabalho científico. Agradeço também ao Sergio e à Marina, Chefia e Assessoria daquele gabinete, pelo apoio irrestrito em todos esses momentos. A todos os demais colegas de Gabinete, por suportarem o peso de arcarem com a tarefa de distribuição de justiça, sobreonerados por minha ausência.

Aos Doutores Luiz Carlos Neves de Oliveira e Ariel Galapo Kann, legítimos sucessores de Hipócrates, pelo apoio incessante e maestria no restabelecimento de minha saúde.

Aos amigos que fiz durante o Mestrado e Doutorado, pelo carinho e aprendizado contínuo. Brilhantes que são, muito me ajudaram com ideias que aqui robustecem esse trabalho: Bruno Takahashi, Flávio Batista, Giselle França, Isis Aparecida; José Savaris, Laura Britto, Luma Scaff, Luisa Helena Marques, Lucyla Merino, Noa Gnata, Renato Negretti, Ricardo Calciolari, Ricardo Duarte e Tatiana Waldman.

Por fim, agradeço a todos os ilustres previdenciaristas brasileiros, em especial ao meu irmão gaúcho José Ricardo Caetano Costa, companheiros de reflexões, debates e empreendimentos acadêmicos onde buscamos um Direito Previdenciário melhor, uma mais adequada distribuição de justiça social e, por que não, um mundo melhor: Adriane Bramante, Alexandre Triches, Carlos Alberto Pereira de Castro, Carlos Gouveia, Fábio Passos, Jane Berwanger, Jair Soares Jr., João Batista Lazzari, Melissa Folmann, Miguel Horvath Jr., Rodrigo Sodero, Silvio Garcia.

DEDICATÓRIA

Dedico esta pesquisa a todos aqueles que, de uma forma ou outra, vêm acorrer às portas da instituição previdenciária, na expectativa de que estas linhas comprometidas possam abrir caminhos à adequada *satisfação* desse rol de direitos fundamentais.

Dedico-a também a toda minha família, sem palavras precisas para descrever minha gratidão eterna pelo apoio incansável dado nesse último trimestre de 2014, momento tão singular. Dedico, é claro, em especial a meus pais, minha esposa Regiane e meu amado filho Julio Cesar.

RESUMO

SERAU JR., Marco Aurélio. Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais. 2014. 255 pgs. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 15.12.2014.

A presente tese de Doutorado visa examinar a adequada resolução do conflito previdenciário. Não se destina a procurar mecanismos para a diminuição do acervo judiciário relativo a ações judiciais que tratam de matéria previdenciária. O objetivo é soluções para esse conflito, judiciais ou não, consensuais ou não, que sejam compatíveis com a posição de direitos fundamentais desses direitos. Leva-se em conta a profunda assimetria entre as partes em confronto, os cidadãos face o Instituto Nacional do Seguro Social. O conflito previdenciário se desdobra entre a pretensão de cumprimento dos direitos já previstos na legislação previdenciária e o questionamento acerca da validade das normas previdenciárias, com a exigência de que outras sejam postas no lugar. Em um cenário de crise do sistema judicial (numérica e de efetividade), busca-se o aprimoramento deste quadro além de outros mecanismos (administrativos) que possam propiciar o tratamento desse tipo de conflito em pleno acordo com os direitos fundamentais. Porém, o papel do sistema judicial, ainda que subsidiário, permanece preservado como garantidor de direitos. Propugna-se uma renovação do modo de funcionamento do processo administrativo previdenciário, autorizando quadros mais qualificados e legitimados da gestão da Previdência Social a “criação” de novos direitos em atenção às diversas expectativas sociais nesta matéria. Sugere-se que a conciliação judicial deve respeitar certos parâmetros condizentes com a posição fragilizada do segurado e que não seja imposta como filtro obrigatório ao ajuizamento da ação judicial

Palavras-Chave: Justiça. Acesso. Conflito. Previdenciário. Resolução. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Serau JR., Marco Aurelio. Pension conflict resolution and fundamental rights. 2014. pp 255. Doctorate – Faculty of Law, University of Sao Paulo, Sao Paulo, December 15th 2014.

This doctoral thesis has the purpose to examine the appropriate resolution of the pension conflict. It is not intended to seek ways to reduce the legal acquits to lawsuits dealing with pension matters. The goal is to focus on solutions of this conflict, judicial or not, consensual or not, that are compatible with the fundamental rights position of these rights. It takes the profound asymmetry between the conflict parties and citizens by the National Institute of Social Security. The pension conflict unfolds between the rights compliance of claim already provided by pension legislation and the questioning about the validity of pension regulations, with the requirement that others are put in place. In a crisis scenario from judicial system (numerical and effectiveness), looking for improvement of this scenario in addition to other mechanisms (administrative) that can provide the treatment of this type of conflict in full accordance with the fundamental rights. However, the role of the judicial system, although alternative, remains preserved as guarantor of rights. Advocates is a renewal operating mode of pension administrative procedure, allowing more qualified and legitimate management of Social Pension the "creation" of new rights into the high social expectations in this area. It is suggested that judicial conciliation must respect certain parameters consistent with the weakened position of the insured that don't be imposed as a mandatory filter the filing of this lawsuit

Key-words: Justice. Access. Conflict. Social Security. Resolution. Fundamental rights.

SOMMARIO

SERAU JR., Marco Aurélio. Resolução del conflitto di sicurezza sociale e diritti fondamentali. 2014. 255 pgs. Dottorato – Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 15.12.2014.

Questa tesi di dottorato si propone di esaminare la risoluzione appropriata del conflitto di sicurezza sociale. Non è destinato a cercare modi per ridurre l'acquis giuridico di cause legali che si occupano di questioni di sicurezza sociale. L'obiettivo è quello di soluzioni a questo conflitto, giudiziarie e non giudiziarie, consensuali o no, che siano compatibili con la situazione dei diritti fondamentali di questi diritti. Esso tiene conto della profonda asimmetria tra le parti in conflitto, i cittadini di fronte l'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale. Il conflitto pensione si snoda tra il rispetto dei diritti della rivendicazione già previsto dalla legislazione di sicurezza sociale e la messa in discussione la validità delle norme di sicurezza sociale, con l'obbligo che gli altri siano messe in atto. In un test di stress sistema giudiziario (numerico e l'efficacia), il miglioramento di questo quadro è richiesta in aggiunta ad altri meccanismi (amministrative) in grado di fornire il trattamento di questo tipo di conflitto nel pieno rispetto dei diritti fondamentali. Tuttavia, il ruolo del sistema giudiziario, anche se alternativa, rimane conservato come garante dei diritti. Avvocati è una modalità di funzionamento rinnovamento della sicurezza sociale procedura amministrativa, permettendo la gestione cornici più qualificati e legittimi della sicurezza sociale la "creazione" di nuovi diritti in considerazione le diverse aspettative sociali in questo settore. Si suggerisce che la conciliazione giudiziale deve rispettare determinati parametri coerenti con la posizione di debolezza del assicurato e non è imposto come un filtro obbligatorio il deposito di questa causa.

Parole chiave: Giustizia. Accesso. Conflito. Previdenza sociale. Risoluzione. Diritti fondamentali.

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
ABSTRACT.....	06
SOMMARIO.....	07
SIGLAS.....	11
INTRODUÇÃO.....	12
 CAPÍTULO 1 – Previdência Social no quadro dos direitos fundamentais	
1.1. Afirmção histórica dos direitos fundamentais e a construção da Prev. Social.....	22
1.1.1. <i>Jusfundamentalidade</i> da Previdência Social.....	32
1.1.2. Deficiência estrutural/fundante da Previdência Social no Brasil.....	34
1.1.3. Reformas neoliberais e desmonte da estrutura previdenciária.....	43
1.2. Características jurídicas dos direitos fundamentais.....	48
1.3. Direitos fundamentais e acesso à justiça.....	55
1.4. Conclusões parciais.....	59
 CAPÍTULO 2 – Conflito Previdenciário	
2.1. Objeto do conflito previdenciário.....	62
2.1.1. Conceito de conflito.....	62
2.1.2. Aproximação ao conceito de conflito previdenciário.....	67
2.2. Atores do conflito previdenciário.....	71
2.2.1. Atores do conflito previdenciário: os beneficiários da Previdência Social.....	72
2.2.2. Atores do conflito previdenciário: o INSS.....	74
2.2.3. Assimetrias.....	81
2.3. Multiplicidade de controvérsias e demandas.....	85
2.4. Expectativas sociais e regulação jurídica: o caso dos direitos previdenciários.....	87
2.5. Pautas do conflito previdenciário.....	98
2.5.1. Pautas de legalidade.....	99

2.5.2.	Pauta interpretativa.....	103
2.5.2.1.	Interpretação constitucional das normas previdenciárias.....	105
2.5.2.2.	Interpretação economicista/utilitarista das normas previdenciárias.....	108
2.5.2.3.	Revisão da Teoria Geral do Direito e sua aplicação às questões previdenciárias.....	112
2.6.	Insuficiência do Direito na sociedade moderna: raiz do conflito previdenciário...	115

CAPÍTULO 3 – Panorama atual da resolução de conflitos

3.1.	Mecanismos de resolução e tratamento adequado de conflitos.....	128
3.2.	Crise da justiça: crise numérica e de efetividade.....	135
3.2.1.	Complexidade do controle judicial de políticas públicas.....	138
3.3.	Mecanismos alternativos de resolução de disputas.....	146
3.3.1.	Modalidades dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos.....	153
3.3.2.	Teoria da Negociação.....	157
3.3.3.	Conciliação e Mediação.....	158
3.3.4.	ADR envolvendo a Administração Pública.....	164
3.4.	Órgãos judiciais envolvidos na solução do conflito previdenciário.....	170
3.4.1.	Justiça Federal.....	170
3.4.2.	Juizados Especiais Federais.....	172
3.4.3.	Competência delegada à jurisdição estadual.....	178
3.4.4.	Tempo do processo e o conflito previdenciário.....	179

CAPÍTULO 4 – Mecanismos de adequada resolução do conflito previdenciário

4.1.	Abordagem inicial da resolução judicial do conflito previdenciário.....	181
4.2.	Análise crítica da “preferibilidade” da arena judicial.....	187
4.3.	Reflexos da utilização da via judicial na concepção e desenvolvimento das políticas públicas previdenciárias.....	197
4.4.	Resolução administrativa do conflito previdenciário.....	202
4.4.1.	Experiências de resolução administrativa não litigiosa de conflitos.....	209

4.4.2. Custos sociais totais da resolução do conflito previdenciário.....	212
4.5. Parâmetros (<i>standards</i>) para a resolução não judiciária do conflito previdenciário...	214
4.5.1. Parâmetros gerais.....	215
4.5.2. Parâmetros para a solução administrativa do conflito previdenciário.....	218
4.5.3. Parâmetros para a solução judicial do conflito previdenciário.....	223
CONCLUSÕES.....	229
BIBLIOGRAFIA.....	234

SIGLAS

AFPESP – Associação dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo
CAP's – Caixas de Aposentadoria e Pensão
CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CJF – Conselho da Justiça Federal
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CONTAG – Confederação Nacional da Agricultura
CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social
DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar
DIB – Data de Início do Benefício
DSD – Desenho de Sistemas [*de resolução*] de Disputas
FETAG/RS – Federação dos Trabalhadores da Agricultura no Rio Grande do Sul
FMI – Fundo Monetário Internacional
IAP's – Institutos de Aposentadoria e Pensão
IAPI – Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários
IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário
INPS – Instituto Nacional de Previdência Social
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.
JEF – Juizado Especial Federal
LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.807/60)
MARC – Meios Alternativos de Resolução de Conflitos
OIT – Organização Internacional do Trabalho
ONU - Organização das Nações Unidas
PIDESC - Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PLS – Projeto de Lei do Senado
RDA – Resolução Alternativa de Disputas
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
SUB – Sistema Único de Benefícios

I. INTRODUÇÃO

O tema a ser desenvolvido como trabalho de doutoramento diz respeito à adequada solução do *conflito previdenciário*, abordado em uma perspectiva de direitos fundamentais, isto é, a compreensão dos direitos previdenciários enquanto direitos fundamentais e do próprio tema do acesso à justiça como direito humano, tendo como objetivo a pacificação social, *não somente a solução para os problemas do sistema judiciário*.

Nossa compreensão do *conflito previdenciário* é diversa do que prevalece no senso comum, que o identifica simplesmente ao conjunto (enorme) de ações judiciais buscando a concessão de benefícios e revisões de benefícios previdenciários ou a alguma pretensão de ativismo judicial¹. Essa seria somente a expressão judicializada de uma questão de natureza sobretudo político-sociológica.

Nossa proposta de adequada resolução do conflito previdenciário, portanto, não se resume a encontrar mecanismos (necessários, por certo) de diminuição do enorme acervo judiciário de ações movidas contra o INSS. Cogitamos buscar o desenho da adequada solução do conflito previdenciário investigando suas bases sociológicas, mais do que as de ordem processual.

Em que pese a litigiosidade previdenciária, repetitiva e excessiva, já tenha se tornado objeto de preocupação científica como uma das causas/fatores da morosidade judiciária (MORAES, 2012; GABBAY, CUNHA, 2013), tais estudos ocupam ótica exclusivamente processual.

¹ Segundo FERRARO (2014: 62-63), “o termo ativismo judicial denota a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam, em tese, reservadas às competências do Executivo e Legislativo, com inspiração na teoria do *checks and balances*”. Conforme ABREU (2013: 139-140), com a expressão ativismo judicial compreende-se o protagonismo de cortes judiciais em decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade, sendo que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

O *conflito previdenciário* é, porém, muito mais complexo e amplo do que aquilo que é judicializado (FARIA, 1992: 63). Embora seja factível a multiplicação de demandas previdenciárias em todo o Brasil, através de uma grande diversidade de temas judicializados, compreendemos esse fenômeno sociológico, pouco estudado, como algo muito mais amplo, a envolver as expectativas e pretensões sociais a respeito dos direitos previdenciários e do alcance da cobertura da proteção social almejados, com reflexos bastante complexos para o sistema jurídico e grande impacto para a esfera judicial.

O conflito previdenciário resvala, por óbvio, na discussão sobre os limites da atuação judicial em matéria de controle/ajuste de políticas públicas. Não é uma controvérsia descontextualizada; muito ao contrário, pauta-se por todos aqueles elementos comuns que se buscam discutir nesse tema: legitimidade dos juízes e das decisões judiciais para interferir em políticas e serviços públicos; dificuldade de lidar com os arranjos orçamentários; ausência de planejamento global nas decisões judiciais, mesmo coletivas, etc.

Não se pretende inovar este aspecto da discussão sobre políticas públicas, de que o conflito previdenciário é inequivocamente denotativo. O que se procura estudar nesse trabalho de doutoramento é o que há de singular nesse específico conflito: seus específicos atores, os bens jurídicos em disputa, as questões orçamentárias particulares, as disputas em relação à formulação e execução da legislação e políticas previdenciárias.

A complexidade desse fenômeno social, cujo elevado número de ações judiciais previdenciárias é apenas seu *sintoma*, indica o esgotamento ou, no mínimo, a insuficiência do modelo de atuação judicial para sua resolução, a exigir novos e mais adequados mecanismos. Ao mesmo tempo, certos aspectos e determinada agenda do conflito previdenciário demonstram a imprescindibilidade do Poder Judiciário para sua resolução e a garantia de direitos, o que impõe, diversamente, propostas de melhoria da prestação jurisdicional, assunto que não será objeto de nossa pesquisa.

A perspectiva adotada nesse trabalho é a relação de *concordância* e de *não exclusão* entre mecanismos judiciais e consensuais de resolução de conflitos², aplicada em relação ao conflito previdenciário³.

Os filtros de litigiosidade e os mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos não precisam ser identificados como cláusulas de redução do acesso à justiça. Pretende-se pensar de modo oposto: o estabelecimento de mecanismos não adjudicatórios de resolução de conflitos (consensuais ou administrativos) significa, muito mais do que contenção, redirecionamento do conflito previdenciário a outros foros, quicá mais adequados (GABBAY; CUNHA, 2013: 154-155).

Faz parte da proposta encontrar saídas criativas e adequadas para o conflito previdenciário, preferencialmente sem o aumento de custos para o Estado e a sociedade – aumento de custos que decorre naturalmente das pretensões de aumento da estrutura judiciária nacional⁴.

Nesse desenho institucional que se pretende propor, sempre seria reservada ao Poder Judiciário sua missão constitucional de controle das lesões ou ameaças a direitos, mas de modo mais qualificado.

Diante do objetivo maior de pacificação social, compreendido sob a ótica dos direitos fundamentais, o adequado tratamento ao conflito previdenciário não se limita à mera pretensão de diminuição de acervo judiciário, contribuindo inclusive ao aprimoramento da própria instituição de Previdência Social, em uma perspectiva construtiva do conflito (DEUTSCH, 1973).

² O bom funcionamento do Poder Judiciário e das ADRs, separadamente ou em conjunto, permitirá que a demanda por justiça (resolução justa do conflito) não fique restrita ao sistema judiciário, podendo ser distribuída entre uns e outros, conforme o meio ou órgão mais apropriado ao caso concreto (MANCUSO, 2009: 220-221).

³ Até mesmo porque compreendemos que as ADRs não são solução para a crise do Poder Judiciário, embora sua adoção com maior ênfase possa ser uma contribuição valiosa nesse sentido (LORENCINI, 2009: 600). Conforme FRANCESCO LUISO (2005: 575), as ADRs não são modo de melhorar a função judicial pelo simples fato de que a jurisdição é que está em função da tutela do direito, e não o inverso.

⁴ Nesse contexto podemos inserir a Emenda Constitucional nº 73, de 06.06.2013, que criou mais quatro Tribunais Regionais Federais, quais sejam os da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões, a partir do desmembramento dos atuais Tribunais Regionais Federais, que são os órgãos jurisdicionais de segundo grau responsáveis pelo julgamento de matéria previdenciária. Por motivos de processo legislativo, e não em razão de eventuais custos econômicos, a referida Emenda Constitucional encontra-se suspensa pela ADI nº 5.017 MC/DF (Rel. Min. Luiz Fux, decisão liminar de 17.07.2013, proferida pelo Min. Joaquim Barbosa – o processo ainda não teve julgamento definitivo).

Por estes argumentos, o questionamento central deste trabalho de doutoramento pode ser assim sintetizado: *a busca da adequada resolução do conflito previdenciário, compreendido em seus aspectos processuais e sociológicos, numa perspectiva de direitos fundamentais e de pacificação social, não apenas como proposta de redução do acervo de ações judiciais previdenciárias, mas sobretudo com o objetivo de estudo do alcance da eficiente atuação judicial coordenada com a elaboração/proposição de mecanismos alternativos de solução desse conflito.*

Para tanto, inicialmente se deve introduzir o referencial teórico de direitos fundamentais (Capítulo I). A uma porque se trata de tese de doutoramento produzida no âmbito do programa de Direitos Humanos da Faculdade de Direito de S. Paulo. A duas porque se pretende encontrar os *standards* mais adequados de resolução do conflito previdenciário à luz dos direitos fundamentais.

Não se pretende reproduzir, como é muito freqüente nos manuais e trabalhos acadêmicos, toda a longa evolução dos direitos fundamentais e seu penoso processo de positivação. A ideia, aqui, é de contextualizar a Previdência Social no quadro amplo dos direitos fundamentais, mas recortando aquilo que é mais relevante à discussão do conflito previdenciário (exigibilidade dos direitos sociais e controle judicial de políticas públicas; reformas neoliberais e reconfiguração do Estado Social, dentre outros fatores). Também se fará um recorte histórico mais preciso, suficiente a demonstrar o panorama dos direitos fundamentais a partir da Constituição Federal de 1988.

Em segundo lugar, vamos delimitar o que compreendemos por *conflito previdenciário* (Capítulo II), algo mais amplo do que o mero conjunto de ações judiciais buscando benefícios previdenciários e revisões de benefícios. Pretende-se buscar suas raízes filosóficas, sociológicas, mais do que processuais ou até mesmo jurídicas.

A pesquisa, porém, não se pretende uma investigação sociológica. Restringe-se a apontar que o conflito previdenciário é mais complexo do que um contingente elevado de ações judiciais e indicar os complexos impactos dos elementos sociológicos sobre a atuação judicial e o sistema jurídico como um todo.

Na seqüência, cumpre examinar o direito de acesso à justiça, os problemas que atualmente lhe são inerentes e as atuais alternativas (não judiciais e consensuais) de solução de conflitos (o que corresponderá ao Capítulo III), preparando o terreno para a discussão específica sobre o adequado tratamento do conflito previdenciário (objeto do Capítulo IV).

Este último capítulo será propriamente nosso objetivo geral e, especialmente, o tópico onde mais claramente se encontrará a contribuição inovadora ao pensamento jurídico exigido de uma Tese de Doutorado (exame e proposição dos padrões necessários aos mecanismos de adequada resolução do conflito previdenciário, judiciais ou extrajudiciais).

Um primeiro tópico, que por si só apresenta inovação à ciência jurídica, é a precisa delimitação do conflito previdenciário, superando-se a idéia de que corresponde apenas ao aglomerado de ações judiciais previdenciárias e seu conseqüente, a proposição de soluções para redução desse elevado acervo judiciário.

Embora exista enorme contingente de demandas previdenciárias no Brasil, isso é mero *sintoma* do fenômeno sociológico, ainda pouco estudado, a envolver as expectativas e pretensões sociais a respeito dos direitos previdenciários e do alcance da cobertura da proteção social almejada pela coletividade, com reflexos bastante complexos para o sistema jurídico e grande impacto na esfera jurisdicional.

Em nosso sentir, o *conflito previdenciário* pode ser observado sob duas perspectivas: uma de *legalidade* e outra identificada como *interpretativa*.

A *agenda de legalidade* diz respeito à pretensão de cumprimento/efetivação dos direitos já previstos normativamente, mas não implementados pela burocracia previdenciária. A *agenda interpretativa*, por sua vez, implica a crítica sobre o direito aplicável em matéria previdenciária, seu alcance e sua ampliação. Nesse segundo segmento do conflito previdenciário conseguimos identificar alguns perfis: a) interpretação das normas previdenciárias a partir de normas e princípios constitucionais; b) argumentação economicista/utilitarista dos direitos previdenciários; c) revisão da Teoria Geral de Direito quando de sua aplicação aos direitos previdenciários.

Há escassez de estudos críticos ou teóricos aprofundados acerca do conflito previdenciário. Vislumbramos a existência de somente análises empírico-descritivas ou estudos de casos, estes, de ainda menor abrangência. O necessário substrato sociológico para a compreensão e formulação/aprimoramento das políticas e serviços públicos previdenciários (MORAES FILHO, 1983: 88-102) ainda resta por ser elaborado⁵.

Pretende-se demonstrar os principais parâmetros desse específico conflito, propiciando a discussão qualificada sobre os limites e (in)capacidades da interferência judicial nessa específica política pública (previdenciária), e daí delinear os parâmetros dos mecanismos de adequada resolução do conflito previdenciário, judiciais ou extrajudiciais, considerada especialmente a função *protetiva* dos direitos previdenciários e sua inserção no quadro dos direitos fundamentais.

Pretende-se delimitar o espaço para a resposta judiciária a este conflito, os pontos em que se verifica sua indispensabilidade, suas possibilidades e limitações. Coordenadamente, propor quais seriam os parâmetros para a resolução consensual ou extrajudicial dos conflitos previdenciários, quais preocupações e condicionamentos devem ser observados nesse tipo de *ADR*, sempre com o intuito maior de pacificação social, adotada a perspectiva construtiva de conflito, tal como desenvolvida por MORTON DEUTSCH (1973).

A Teoria Geral do Processo nunca desenvolveu com profundidade sua aplicação aos Direitos Sociais, onde se encontram os direitos previdenciários. A discussão, no máximo, resume-se ao ufanismo do ativismo judicial ou, em polo extremamente oposto, a rejeição conservadora desse mecanismo de criação do Direito, além das (escolásticas) querelas acerca da legitimidade das decisões judiciais em matéria de políticas públicas. Assim, também é inovação ao pensamento jurídico brasileiro, a identificação e proposição de mecanismos não judiciais de resolução de conflitos previdenciários, possivelmente mais adequados que a solução adjudicatória.

⁵ A advertência de EVARISTO DE MOARES FILHO, embora datada de três décadas, permanece válida. Ainda são escassos os estudos de base sociológica a respeito da matéria previdenciária. Ainda mais raros os estudos que entrelacem o fenômeno sociológico com as questões jurídico-previdenciárias.

Há, no geral, poucos estudos em relação a meios não adversariais de resolução de conflitos envolvendo a Fazenda Pública, a exemplo da paradigmática monografia de SALLES (2011) a respeito da arbitragem nos contratos administrativos. Os pioneiros estudos nesse campo são, no mais das vezes, ligados à atuação da Fazenda Estadual (v.g., GABBAY; CUNHA, 2010), além de pontuais, episódicos, mormente ligados a eventos específicos de acidentes, reparações, produção de danos, etc.

O instrumental teórico das *ADRs* nunca foi aplicado especificamente à análise da controvérsia previdenciária. Existem algumas pioneiras experiências práticas de conciliação judicial, essencialmente estipuladas como mecanismo redutor de acervo judicial. Mas nunca se desenvolveu uma sólida base teórica a respeito; há necessidade de identificação dos *standards* aplicáveis e requisitos importantes para a aplicação de soluções alternativas à adjudicação em um conflito com a dimensão, qualitativa e quantitativa, da questão previdenciária, árdua tarefa a que se propõe esta pesquisa⁶.

Outra pretensão teórica deste trabalho reside em romper o padrão clássico da pesquisa jurídica contemporânea, que se encontra limitada à análise conceitual dogmática ou à reflexão filosófica sobre as normas jurídicas. Na atualidade, o sistema jurídico se encontra altamente pressionado pelos sistemas político e econômico, caracterizados por intensa variabilidade e incongruência de suas expectativas, a exigir do Direito uma alta capacidade de mutação e variabilidade. (DE GIORGI, 2006: 252-254). A pretensão da Tese, portanto, é tratar do problema proposto (conflito previdenciário) dentro desse contexto de alta complexidade, buscando a própria evolução do Direito.

Vale ressaltar que não se dará ênfase às *técnicas* empregadas ou *aspectos práticos* envolvidos nas diversas modalidades de resolução alternativa de conflitos (a apresentação e papel do mediador ou conciliador; as abordagens lingüísticas às partes, etc.), pois o objetivo central é o desenho do *sistema* de resolução adequada do conflito previdenciário.

A metodologia adotada na presente Tese é eminentemente analítico-bibliográfica; não se realizou trabalho de campo. Ademais da bibliografia inicialmente

⁶ Os estudos sobre mediação e conciliação normalmente dedicam-se expressamente a temas de Direito Privado. A título de exemplo, o excelente trabalho de FERNANDA TARTUCE (2008).

selecionada, também se realizou o exame da legislação, da doutrina e da principal jurisprudência pertinente ao tema objeto de estudo.

O primeiro levantamento bibliográfico, realizado com a finalidade de ingressar no Programa de Pós-Graduação, foi ampliado e modificado para atender aos objetivos propostos, bem como em razão da orientação e dos estudos realizados durante o Doutorado.

Inicialmente, fixou-se como marco teórico capital para o desenvolvimento do trabalho a indicação da estrutura jurídica dos direitos fundamentais, onde se inserem os direitos previdenciários. Apontou-se suas principais características jurídicas e as dificuldades inerentes ao controle judicial de políticas públicas, temas que estão presentes no conflito previdenciário.

Para a configuração do conflito previdenciário optou-se pela utilização de determinados aspectos da base teórica propiciada pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e seus principais comentadores e críticos. Sem que se tenha aderido completamente a esse campo teórico, parece-nos uma das principais chaves conceituais para descrição da sociedade moderna, sua complexidade e seus problemas, especialmente a descrição das expectativas sociais quanto aos direitos (e aos direitos previdenciários) e os complexos reflexos dessas demandas sobre o sistema jurídico. Essa teoria também será de valia para a descrição do conflito previdenciário no que diz respeito à interferência judicial em políticas públicas e ao difícil diálogo entre sistema jurídico e mundo econômico, campos dotados de racionalidades diversas.

A opção parcial pela análise sistêmica como mecanismo de compreensão do conflito previdenciário se dá à luz da afirmação de que se trata de teoria que não é incompatível com as tradicionais análises voltadas à realidade brasileira (com fundamento no patrimonialismo, clientelismo, etc., as quais serão em parte retomadas em nossa pesquisa). Sabe-se da controvérsia da aplicação da produção teórica de Luhmann à realidade brasileira, a qual seria um desvio em relação ao padrão moderno dos países

centrais, mas os pensadores filiados a esta corrente científica admitem a possibilidade do emprego dessa matriz teórica à realidade brasileira⁷ (GONÇALVES, 2011: 430-435).

Também terá espaço central na tese a bibliografia relativa à resolução alternativa de conflitos. Propõe-se estudar o conflito previdenciário e os modos adequados de sua resolução, principalmente diante do esgotamento/insuficiência do modelo judiciário de controle de políticas públicas. Assim, a produção intelectual relativa à ADR será proveitosamente utilizada nesta pesquisa, especialmente aquela ligada ao tema da *multidoor courthouse*, desenvolvida por Frank Sanders e outros.

Ademais, e para que as metas acadêmicas apresentadas fossem plenamente atingidas, a bibliografia estritamente jurídica foi complementada com estudos de outras ciências sociais, abordando-se particularmente as áreas da economia, sociologia, ciência política, filosofia da ciência e o campo da organização do trabalho. Deu-se ênfase a autores que pensaram o Brasil e as questões sociais brasileiras.

Recorreu-se também ao exame do Direito Comparado, mas a utilização da experiência alienígena se fez parcimoniosamente, pois há grandes diferenças nos arranjos previdenciários dos diversos países, derivadas das mais variadas condições econômicas, culturais, sociais e políticas de cada um⁸.

Ainda em termos de fixação da perspectiva metodológica desta pesquisa, a repercussão do *conflito previdenciário* no campo judicial será examinada privilegiadamente na jurisprudência dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais, sem prejuízo do exame de decisões de juízos singulares que sejam relevantes para o deslinde deste trabalho.

⁷ Seja no caso de se pensar a sociedade brasileira como uma *modernidade inacabada* ou como uma *modernidade negativa*, conforme formulação de MARCELO NEVES. No primeiro caso, a realidade periférica é compreendida como sociedade desestruturada funcionalmente ou onde prevalece a corrupção sistêmica – os sistemas sociais não são plenamente diferenciados. No segundo caso, considera-se a existência de *múltiplas modernidades*, e as diferenças dos países periféricos são consideradas parte e produto das especificidades regionais da diferenciação funcional existente na sociedade moderna (GONÇALVES, 2011: 430-435).

⁸ Segundo TAMBURI (1986: 76), vislumbra-se a impossibilidade de uma generalização significativa a respeito dos sistemas previdenciários pelo mundo. FREEMAN (1986), por sua vez, indica que não há um equivalente cultural pleno para o termo Seguro Social no Direito Comparado (no mesmo sentido: MALLOY, 1979: 13).

Outro ponto de apoio consiste nas pesquisas estatísticas e quanti/qualitativas que atualmente vêm sendo produzidas por diversos órgãos ligados ao mundo judiciário, como o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho da Justiça Federal e mesmo o Supremo Tribunal Federal.

Não custa sublinhar, por derradeiro, que a perspectiva geral a orientar a elaboração da tese é a dos direitos humanos e da cultura da pacificação social, que revestem de maior importância os direitos previdenciários e o próprio tema do acesso à justiça.

CAPÍTULO 1 – Previdência Social no quadro dos direitos fundamentais⁹

O presente capítulo não se pretende uma simples exposição a respeito dos direitos fundamentais¹⁰, tal como geralmente apresentado nos “manuais” e na introdução dos trabalhos acadêmicos contemporâneos. A pretensão aqui é de inserir o conflito previdenciário, objeto do capítulo subsequente, no bojo dos direitos fundamentais, de modo dinâmico e objetivo, somente no que for indispensável ao desdobramento desta pesquisa.

O tratamento adequado ao conflito previdenciário, objeto próprio desta tese, só pode ser obtido quando adotada a premissa de que os direitos previdenciários são direitos fundamentais, o que impõe certas exigências e limites no seu trato pelo Poder Público (em suas três esferas: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário) e por toda a sociedade. As características jurídicas dos direitos fundamentais, em particular dos direitos sociais e, para nós, dos direitos previdenciários, devem ser levadas em conta no momento da solução dos conflitos em relação a tais relações jurídicas. É o que passamos a expor.

1.1. Afirmação histórica dos direitos fundamentais e a construção da Previdência Social.

Adotamos parcialmente, neste tópico, o ponto de vista que visualiza a afirmação histórica dos direitos humanos (COMPARATO, 2005; WOLKMER, BATISTA, 2011: 134-137). Isto é, sem que se adote a tese de que os direitos fundamentais se dão por etapas necessariamente subsequentes – o que será discutido com propriedade adiante –

⁹ A estruturação deste capítulo, ademais, também decorre de percepção da Banca de Qualificação, composta, além de meu orientador, prof. Antonio Rodrigues de Freitas Jr., pelos ilustres professores Guilherme de Assis Almeida e Rodrigo Garcia Schwarz, que compreenderam essencial a colocação de premissas relativas às principais características jurídicas dos direitos fundamentais para o desdobramento posterior, referente à procura por adequada solução dos conflitos previdenciários. Propôs-se também, naquele momento, um recorte histórico do tema, situado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. É necessário frisar que se deliberou por essa linha metodológica também em virtude de meu histórico acadêmico, havendo em minha formação de pós-graduação (Especialização e Mestrado) e na maior parte de meus trabalhos acadêmicos a presença forte da linha de pesquisa referente à análise da Seguridade Social como direito fundamental.

¹⁰ Cientes da querela doutrinária a respeito da diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais; bem como cientes de expressões atualmente em desuso, como liberdades públicas ou direitos da pessoa (RAMOS, 2012: 32-33; SARLET, 2004: 31-33), adotamos, para os fins deste trabalho, tais expressões como sinônimas.

verifica-se que os direitos fundamentais vão ganhando reconhecimento normativo progressivo com o desenvolvimento histórico.

Parte-se de um momento histórico em que aquilo que residia em meras pretensões filosóficas de diversas estirpes torna-se parte essencial do sistema jurídico¹¹. A dignidade humana vai ganhando proteção normativa cada vez mais completa e as diversas gerações/dimensões dos direitos fundamentais vão adquirindo força normativa e reconhecimento jurídico.

A dignidade humana é reconhecida, atualmente, como “um valor supremo, o primeiro dos valores fundamentais, o verdadeiro epicentro de todo ordenamento jurídico, em torno do qual gravitam todas as demais normas”, em especial as normas que definem direitos fundamentais ou direitos humanos (SCHWARZ, 2013: 133-136) - tomadas por sinônimos nesse trabalho – com pretensão de validade universal, pois vinculada ao denominado “mínimo existencial”.

Conforme SCHWARZ (2013: 100) os direitos fundamentais, em um plano axiológico, são aqueles que pretendem a tutela de interesses ou necessidades básicas, ademais generalizáveis, pois ligadas ao princípio da igualdade real; sob o ponto de vista dogmático, contudo, direitos fundamentais são aqueles direitos inscritos em normas de maior valor no âmbito do ordenamento interno, como as constitucionais, ou mesmo em tratados e convenções internacionais. Contudo, nem sempre há conexão entre um e outro plano, o que é altamente criticável, especialmente do ponto de vista axiológico.

Os direitos humanos, ademais, devem ser contextualizados dentro das relações sociais onde ocorrem, abandonada a perspectiva abstrata e formalista que tradicionalmente lhes é atribuída, permitindo também aos marginalizados e oprimidos lutarem por sua dignidade – especialmente face às situações de desigualdade e injustiça típicas da globalização econômica. O que faz os direitos fundamentais serem universais não é uma ideologia determinada que os coloque como ideais, como boas intenções, ou postulados metafísicos da natureza humana, isolados das situações vitais, mas o marco que

¹¹ Sem espaço para reproduzir, nesta tese, o longo percurso histórico de evolução filosófica e jurídica dos direitos humanos, posto que bastante distante dos objetivos desta pesquisa de doutoramento, recomendamos, para tanto, a leitura do clássico a respeito desse tema, a obra referencial de COMPARATO (2005), *Afirmção histórica dos direitos humanos*. Veja-se, também: RAMOS (2012).

permita a todos criar as condições particulares para fruição de sua dignidade (FLORES, 2011: 14; no mesmo sentido: SCHWARZ, 2013: 137-139).

A despeito da importância histórica da positivação moderna dos direitos humanos, deve-se superar o padrão formalista-universalista que prevalece sobre sua interpretação, aceitando-se valores como pluralismo e interculturalidade, que permitem múltiplas interpretações aos direitos humanos (WOLKMER, BATISTA, 2011: 132, 140/143).

Adota-se a premissa de que os direitos humanos são históricos e, por isso, não estanques. Ao se considerar o contexto histórico como um fator desencadeante de direitos humanos, caracterizam-se esses pela mutabilidade, pois cada momento desperta necessidades e prioridades diferentes, além de apresentarem visões distintas acerca dos valores éticos e morais (WOLKMER, BATISTA, 2011: 133-134).

A concepção dos direitos humanos em gerações foi lançada pelo jurista francês KAREL VASAK, em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos no ano de 1979, onde os classificou em três gerações, cada uma com características próprias (RAMOS, 2012: 71) – atualmente há autores que encontram quatro ou cinco gerações de direitos fundamentais.

A visão dos direitos fundamentais em gerações causa discussões e polêmicas, uma vez que passa a impressão de linearidade de conquista de um direito para depois o outro, e assim sucessivamente. A história do mundo, ademais, não se resume à história do continente europeu, que sempre foi tomado como modelo de desenvolvimento dos direitos fundamentais por etapas. Os direitos humanos são decorrentes de processos distintos de lutas em contextos diferenciados, desenvolvidos e recriados ante as modificações da própria sociedade (WOLKMER, BATISTA, 2011: 137; SARLET, 2004: 53-54). Ainda, assim, para efeitos didáticos, cabe falar ou se referir aos direitos fundamentais a partir desta perspectiva de dimensões, visto seu uso consagrado.

A primeira geração/dimensão de direitos fundamentais engloba os chamados direitos de liberdade, liberdades negativas, liberdades individuais ou direitos às prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo.

São fruto das revoluções liberais do século XVIII na Europa e nos Estados Unidos, visando proteger o indivíduo face aos abusos do monarca ou do Estado. Destacam-se, nessa primeira dimensão, os direitos à liberdade, à igualdade perante a lei, propriedade, intimidade e segurança (RAMOS, 2012: 72; SARLET, 2004: 54-55).

A segunda geração ou dimensão de direitos fundamentais é aquela que aparece em momento histórico posterior ao reconhecimento normativo dos chamados direitos fundamentais de primeira geração, marcado pelas lutas sociais na Europa e na América. Essa situação não implica uma relação hierárquica ou de importância entre uns e outros, mas apenas uma diferente etapa histórica de afirmação.

Os direitos de segunda geração compreendem os direitos econômicos, sociais e culturais. Representam a modificação do papel do Estado, de quem se passa a exigir um vigoroso papel ativo, promotor de bem-estar social, saindo de sua posição de mero fiscal das regras jurídicas (RAMOS, 2012: 73).

Indica-se também os direitos de terceira geração, que são aqueles de titularidade da comunidade, como o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito à autodeterminação e o direito ao meio-ambiente equilibrado. Trata-se de direitos de solidariedade, que consideram o homem vinculado ao Planeta Terra, dotado de recursos finitos, divisão desigual de riquezas com miséria abundante e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana (RAMOS, 2012: 73-74; SARLET, 2004: 56-58).

Recentemente, destacam-se os “novos” direitos, que são atípicos ou especiais, tendo vinculação direta com a vida humana, o que tem levado a avanços teóricos não-consensuais e polêmicos acerca de supostos direitos de quarta ou quinta dimensões (WOLKMER, BATISTA, 2011: 137), como a democracia, o direito à informação ou à comunicação e o direito ao pluralismo, conforme estipulação de PAULO BONAVIDES (RAMOS, 2012: 74; SARLET, 2004: 58-60).

Para a finalidade deste trabalho, e ainda mais por se tratar aqui de um tópico introdutório, reduziremos nossa análise histórica à formação dos direitos trabalhistas e previdenciários.

Retomando a questão dos direitos de segunda dimensão, tem-se que o Direito do Trabalho deve ser compreendido em uma perspectiva histórica, em outras palavras: não há um Direito Universal ou “histórico” do trabalho, este ramo do Direito é fruto de determinados fatores históricos que talvez não atuem com tanta intensidade em outros campos da dogmática jurídica (FREITAS JR., 2011: 160).

Embora na História humana os seres humanos sempre tenham exercido ocupações, o “trabalho” que é objeto da disciplina jurídica Direito do Trabalho não existiu sempre, tendo sido produto de um conjunto de fatores que caracterizam o que se convencionou chamar por Modernidade: o ser humano tutelado pelo Direito do Trabalho é o homem “juridicamente livre” para negociar sua força de trabalho e não o escravo ou o servo, que eram a força de trabalho ocupadas em outras formações sociais históricas; a organização do trabalho à qual se destinam as normas laborais tornou-se, na Modernidade, essencialmente urbana e coletiva (FREITAS JR., 2011: 160). Falaremos mais desses dois fatores específicos, frutos de dois fenômenos históricos extremamente relevantes, a Revolução Francesa e a Revolução Industrial.

A Revolução Francesa, situada historicamente em maio de 1789, pode ser considerada um fenômeno eminentemente político e o ponto culminante de um longo itinerário de afirmação política e jurídica de direitos de cidadania e liberdade, onde se pode destacar a Declaração dos Direitos de Virgínia (1776), a Declaração de Independência e Constituição norte-americanas (1787), o *Bill of Rights* (1791), dela sendo fruto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (FREITAS JR., 2011: 162).

Para o que nos interessa, esse conjunto de declarações de princípios e o surgimento das primeiras constituições desse período consolidam, no campo do direito e da política, a *afirmação do homem “livre”, apto à aquisição e ao exercício dos direitos e titular da autonomia da vontade* (FREITAS JR., 2011: 162-163).

O paradigma do cidadão, considerado homem livre e apto ao exercício da autonomia da vontade, constitui uma das pré-condições para a Revolução Industrial, que passou a *organizar a produção econômica através do trabalho juridicamente livre e ajustado mediante consentimento*. Na França, por exemplo, reforça esse panorama a *Lei Le*

Chapelier, de 1791, que extinguiu as corporações de ofício medievais, as coligações empresariais e de trabalhadores (FREITAS JR., 2011: 163).

A Revolução Industrial, por sua vez, cria as condições para a *coletivização dos contratos* e a *formação dos atores coletivos*. Trata-se de um episódio essencialmente econômico, cujo marco inicial é o surgimento da máquina a vapor, entre 1775 e 1790, o que, em conjunto com outros inúmeros inventos e modificações no processo produtivo, permitiu, em curto intervalo de tempo, a multiplicação exponencial da produção e oferta de bens (FREITAS JR., 2011: 163).

Ocorre, assim, o nascimento da indústria e a divisão social do trabalho, com a especialização do trabalhador, alienado em cada fragmento da atividade produtiva. Entretanto, a despeito da fragmentação do trabalhador na linha de produção, ocorreu a aglutinação de grandes contingentes de operários no mesmo espaço fabril e urbano, oferecendo condições para uma pujante vida associativa e, conseqüentemente, o aparecimento do sindicato, o que foi potencializado também pelo aumento da acumulação e concentração de capital, o aprofundamento das desigualdades entre empresários e trabalhadores, particularmente pela exploração desumana do trabalho, em condições abaixo das indispensáveis à sua dignidade (FREITAS JR., 2011: 163).

Tais condições econômico-sociais levam à *radicalização e politização dos conflitos*, especialmente com o surgimento de doutrinas de apelo radical, visando a extinção do Estado (anarquistas) ou à sua transformação radical (como os fabianos, trabalhistas, cooperativistas, socialistas e comunistas). Mencione-se também o pensamento eclesiástico, inaugurando com a Encíclica *Rerum Novarum* a chamada Doutrina Social da Igreja Católica (FREITAS JR., 2011: 163-164). Esse cenário suscita o debate em torno daquilo que será conhecido como *questão social*:

“uma temática que envolvia aspectos morais, políticos, jurídicos e econômicos, todos guardando em comum o olhar sobre 1) a intensificação dos conflitos trabalhistas, os quais já dão indícios de contaminação doutrinária por bandeiras políticas revolucionárias; 2) o enriquecimento irrefreado do empresariado industrial, e 3) a generalização da exploração exacerbada do trabalho, alcançando indistintamente adultos, crianças, homens e mulheres, 4) a eloquente omissão do Estado, consistente na ausência de dispositivos legais capazes de pôr termo à intensificação dos

conflitos, quando não a explícita utilização do aparelho policial do Estado, pelo empresariado, para a repressão aberta e violenta das manifestações operárias” (FREITAS JR., 2011: 164)

No decorrer do século XIX e início do século XX, sob a influência daquelas várias doutrinas políticas mencionadas acima, ocorreram inúmeros eventos revolucionários, como a Comuna de Paris, em 1848, sendo vitoriosa a Revolução Russa, em 1917. O êxito da revolução soviética tornou plausível a possibilidade de novas vitórias socialistas. Esse fator, somado à devastação europeia decorrente da I Grande Guerra (1914-1919), inseriu a questão social na agenda de reconstrução europeia. É de se mencionar, nesse quadro, a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT por meio do Tratado de Versalhes, em 1919 (FREITAS JR., 2011: 164-167).

O Direito do Trabalho e os demais direitos sociais surgirão e se desenvolverão em virtude dos conflitos e das “irritações” produzidos sobre o sistema jurídico por movimentos sociais que, em sua origem, postularam um projeto de transformação global dos sistemas político e jurídico¹² (FREITAS JR., 2011: 161). O temor de uma transformação radical das relações sociais obrigou os juristas a uma renovação de suas doutrinas (MIAILLE, 2005: 292). A redistribuição de renda e as pautas de promoção de igualdade, a partir da criação das primeiras políticas sociais não derivaram, portanto, de um efetivo vetor ético, mas foram tão somente mecanismos de manutenção e equilíbrio do mercado, evitando crises políticas e desmobilizando as camadas sociais desvalidas (DEMO, 1995: 42-43, 59-60).

Há segurança para mencionar que as primeiras normas previdenciárias surgem nesse mesmo contexto¹³, pois a existência da Previdência Social está diretamente ligada com a estrutura individualista do capitalismo¹⁴ (GNATA, 2014: 84).

¹² Não se pode deixar de anotar, contudo, que há aqueles que não compreendem a criação do Estado-Providência e das normas de direitos sociais como resposta e contenção à eventual chegada do socialismo. ROSANVALLON (1997: 18-26; 2011: 17-21), por exemplo, defende que o Estado Social é simples extensão do próprio Estado Moderno, que se criou e originou como um Estado-protetor, voltado à produção da segurança e redução da incerteza, sendo os direitos sociais prolongamento natural dos direitos civis. A base do Estado-Providência é a mesma representação do indivíduo e suas relações com o Estado: substitui-se a incerteza pela previdência estatal, sendo o Estado o segurador natural.

¹³ É o que se refere à criação das primeiras leis previdenciárias na Alemanha, por Bismarck, em 1883, para dar superar o quadro de convulsão política vivenciado naquele momento (ROSANVALLON, 1997: 127-129; MALLOY, 1979: 15; SPATOLA, 2001: 163).

¹⁴ Isto porque são classificados como segurados aqueles que exercem atividades profissionais remuneradas. Conforme GNATA (2014: 84), “essas pessoas são protegidas juridicamente em caso de eventual exposição

Também deve ser mencionado o fenômeno do Constitucionalismo Social, especialmente sinalizado pela promulgação das Constituições do México, em 1917, e de Weimar¹⁵, em 1919, ambas introduzindo no panteão constitucional diversas normas relativas à proteção trabalhista e previdenciária. Eis a chamada “constitucionalização de direitos sociais”: organização sindical, redução e limitação da jornada de trabalho, direito de greve, solução dos conflitos trabalhistas e primeiras regras de proteção previdenciária (FREITAS JR., 2011: 167-168).

Lança-se, assim, as bases para o Estado-Providência (*Welfare State*), que viria a se consolidar apenas algumas décadas mais tarde. Porém, é importante frisar que o Estado-Providência não foi criado pela dicção da norma jurídica ou de uma doutrina de justiça, e sim de um imperativo de estabilidade política para a ordem democrática, em um determinado período da história da Europa ocidental, amedrontada com a possibilidade da insurgência socialista (FREITAS JR., 2011: 169; 2014: 77).

No período entre guerras verifica-se nos Estados Unidos da América uma experiência diferente da europeia, mas dotada de grande importância. Este país, de escassa legislação trabalhista e jamais ameaçado por tentativas de revolução socialista, protagoniza uma relevante alteração em seu quadro econômico e político, a partir do Estado, que vê alteradas suas funções. Em resposta à crise econômica de 1929, o presidente Franklin Delano Roosevelt, promove o *New Deal*, um conjunto de medidas econômicas inspiradas no economista britânico John Maynard Keynes, consistentes em determinado intervencionismo do Estado na seara econômica (salário mínimo, proteção previdenciária a idosos e desempregados, negociações trabalhistas, regulação do trabalho infantil), as quais

aos riscos sociais previstos em direito que lhes prejudiquem a força produtiva, garantindo-lhe o sustento substitutivo. Ou seja, protege o *trabalhador* do *não trabalho involuntário*, garantindo a segurança social, ou seja, a previsibilidade de sua sobrevivência ativa na sociedade capitalista, entregando-lhe dinheiro para manter o perfil de consumo de produtos e serviços”. E prossegue aquele autor: “Uma sociedade que mantém as pessoas previsivelmente em seus lugares sociais, garante a paz social e a paz social garante a perpetuação de suas estruturas. A existência da Previdência Social (...) é condição estruturante para a perpetuação da sociedade capitalista”.

¹⁵ Ainda que pouco tenha durado, em virtude da crise econômica alemã e o advento do nazismo, trata-se a Constituição de Weimar do diploma normativo que inaugura um novo modelo de pacto político, procurando concertar, sob o manto da intervenção do Estado, os conflitos entre capital e trabalho. Reduz-se a oportunidade de revolução política, por parte das organizações de trabalhadores, mediante a intervenção do Estado na economia, distribuindo riqueza e regulando o mercado de trabalho. Ocorre um pacto entre as organizações de trabalhadores, que aceitam as regras da competição eleitoral e a propriedade privada, e as elites empresariais, que consentem em gradual processo estatal de distribuição de renda e aceitação dos direitos sociais (FREITAS JR., 2011: 168).

produziram também transformações políticas de realce, como a relativa infirmação do individualismo e crença na autorregulação do mercado (FREITAS JR., 2011: 169-170; SPATOLA, 2001: 165-167).

Após a II Guerra Mundial o Estado-Providência conhece seu segundo estágio ou segunda etapa. A necessidade de reconstrução da Europa, no quadro da Guerra Fria e necessidade de evitar a expansão socialista, ensejam que os norte-americanos empenhem grande ajuda financeira aos países europeus (*Plano Marshal*), de sorte a que estes países vivenciam um grande ciclo de prosperidade econômica, propiciando a correlata expansão dos direitos sociais e dos programas de bem-estar social (FREITAS JR., 2011: 170-171).

Nessa fase, também se deve mencionar que o paradigma de proteção social é alterado. De uma cobertura basicamente laboral, ou destinada aos trabalhadores, passa a ser encarada sob o prisma da *universalidade*, especialmente a partir da influência exercida pelo Relatório de William Beveridge, na Inglaterra. Mais pessoas são incorporadas ao sistema e mais serviços passam a ser oferecidos à população, especialmente a assistência à saúde (TAMBURI, 1986: 79-80).

Todos esses momentos históricos acima narrados demonstram, em termos de construção dos direitos sociais e do próprio Estado-Providência, a necessidade da criação de regras jurídicas que transfiram, ao Estado, mecanismos asseguradores contra os riscos sociais, diante da insuficiência da responsabilidade e capacidade individual para enfrentá-los¹⁶. Supera-se a ideia de responsabilidade individual e utiliza-se a noção objetiva de *risco*, tratado através de *mecanismos de seguro social*. O tratamento das situações de risco social deixa de ser mera liberalidade (de patrões e do Estado) para transformar-se em norma jurídica (ROSANVALLON, 2011: 21-27).

A Seguridade Social passa a ser considerada um compromisso de garantir a todos os membros da sociedade a cobertura contra riscos pessoais, pautada pelo princípio da solidariedade e na ideia da dignidade, sendo vista como direito fundamental

¹⁶ Nesse sentido, emblemática é a alteração da jurisprudência francesa, no início do século XX, a respeito da inadequação de tratar do acidente de trabalho com o paradigma das normas de Direito Civil, o que ensejou a criação de normas próprias, revestidas do prisma social - conforme demonstrado em profícuo estudo de François Ewald (ROSANVALLON, 2011: 23-24).

recepcionado pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e nos Convênios e Recomendações da OIT (SPATOLA, 2001: 160).

Porém, esse momento de extraordinária expansão do Estado-Providência não se revelou eterno ou contínuo, e um terceiro momento de seu desenvolvimento, bastante diverso, teve lugar.

É uma análise corrente o argumento de que as crises do petróleo, ocorridas nos anos 1970, sinalizam o marco final da exuberante expansão econômica vivenciada nos 30 anos a partir da Segunda Guerra Mundial, com evidentes efeitos sobre o processo de distribuição de renda, oportunidades e direitos característico do Estado-Providência (MALLOY, 1986: 29).

Esse processo de estagnação econômica suscita dois questionamentos fundamentais, o primeiro acerca da promoção de equilíbrio fiscal e o segundo em relação à intensificação do aparelho burocrático do Estado, gerando duas ordens de ajustes: a) revisão dos benefícios sociais; b) tratamento dos custos e sinais de ineficiência na máquina pública, sempre crescentes por decorrência da expansão das políticas sociais, a cargo do aparelho governamental no Estado-Providência. De modo mais profundo, a incapacidade do Estado de absorver indefinida e progressivamente, todas as demandas sociais que lhe são postas¹⁷ gera uma verdadeira “crise de legitimidade” do Estado-Providência (FREITAS JR., 2014: 73; MALLOY, 1986: 30; ROSANVALLON, 1997: 13-17).

Em tempos mais recentes (aproximadamente as três décadas que envolvem o período de 1980-2010) verificamos novo quadro de crise econômica, tanto nos países da periferia do capitalismo, especialmente nos anos 80-90, como mais recentemente nos países do capitalismo central (bolha imobiliária norte-americana de 2008; socorro a algumas economias europeias – Portugal, Grécia e Espanha - a partir de 2011). Esse quadro recessivo, aliado à reabilitação de doutrinas conservadoras, por vezes denominadas *neoliberais*, implica na aposição de novos limites para o Estado-Providência (FREITAS JR., 2011: 174-175).

¹⁷ O Estado-Providência baseia sua legitimidade em um programa ilimitado: libertar a sociedade da necessidade e do risco; esse objetivo, porém, não tem fim, pois sempre haverá alguma sorte de diferença e desigualdade no seio da sociedade (ROSANVALLON, 1997: 26-28).

A carga tributária necessária à manutenção do Estado Social redundava em mecanismos de autodefesa da sociedade, ensejando a prática de uma economia informal e do trabalho clandestino/informal. No fim das contas, o esforço social para gerar maior igualdade acaba por multiplicar desigualdades ocultas, criando as diferenças entre trabalhadores protegidos e trabalhadores em situação vulnerável (ROSANVALLON, 1997: 84).

Outro ponto de crise do Estado-Providência é a difração do social para além do tradicional conflito de classes: vislumbram-se na sociedade outros conflitos, novos movimentos sociais que procuram reconhecimento de sua identidade coletiva. Há múltiplas redes e inúmeros extratos sociais, além do binômio burguês/proletário, e o modelo de regulação keynesiano acaba sendo insuficiente a suprir essas demandas (ROSANVALLON, 1997: 99-101).

Entretanto, não se pode descartar a existência de certa “virada cognitiva” em torno da necessidade de regulação do mercado e da demanda por atuação estatal após a crise financeira de 2008, tanto no Brasil como no cenário econômico internacional (JARDIM, 2013: 908-909).

Discutiremos nos próximos tópicos a jusfundamentalidade da Previdência Social (isto é, sua condição de direito fundamental), os limites do Estado-Providência e seu impacto no conflito previdenciário.

1.1.1. Jusfundamentalidade da Previdência Social.

A Seguridade Social, e, por consequência, a Previdência Social, podem ser definidas como direitos fundamentais por diversos fundamentos¹⁸. Especialmente por um fundamento *ontológico*, ligado à sua própria estrutura, finalidades e funções; outro, *dogmático-normativo*, que diz respeito à forma como essa instituição se encontra reconhecida no plano normativo.

¹⁸ A este tema dediquei minha dissertação de Mestrado, defendida perante o programa de pós-graduação em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da USP, sob o título *Seguridade Social como direito fundamental material* (SERAU JR., 2011).

As instituições previdenciárias, desde sua criação, em todos os lugares onde apareceu historicamente, sempre tiveram por vocação e finalidade a proteção daqueles que por motivos diversos retiravam-se do mercado de trabalho (idade, acidente de trabalho, invalidez, um determinado tempo de trabalho ou de contribuição, etc.). É claro que essa dotação de direitos sociais aos trabalhadores não é imune a críticas, como termos oportunidade de examinar neste trabalho, mas o intuito protetivo que a Previdência Social permitiu é inequívoco.

Como também já se mencionou, com a evolução histórico-normativa do Estado Social, o sistema previdenciário despregou-se do mundo do trabalho, por muito tempo seu foco exclusivo, e vinculou-se a uma perspectiva mais abrangente, ligada à própria ideia de cidadania, e todo cidadão, dentro de certas condições, passou a merecer cobertura previdenciária.

Nesse quadro passam a ser objeto de proteção previdenciária não apenas as relações laborais, mas também se permite a filiação facultativa ao sistema previdenciário; direciona-se a cobertura previdenciária à família, à maternidade e à infância, com a instituição de benefícios como a pensão por morte, o salário-família e o salário-maternidade, dentro outros. O percurso normativo é bastante longo e não cabe ser totalmente descrito neste trabalho.

É nesse contexto que os direitos previdenciários se transformam em direitos fundamentais: íntima vinculação à dignidade da pessoa humana e amplo reconhecimento normativo, em especial em normas jurídicas de maior escalão.

No campo normativo, deve-se mencionar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas - ONU, em 1948, assegura como direitos humanos o direito a saúde, à previdência social, à proteção à maternidade e infância e à assistência social aos desamparados (art. 25). Esses direitos sociais também são albergados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, adotado pela ONU em 1966, ambos ratificados pelo Brasil.

É de se fazer menção ainda à *norma mínima da OIT em matéria de Seguridade Social*, Convenção nº 102, de 1952, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 269, de 18.09.2008, ainda pendente de ratificação pelo Poder Executivo.

Especificamente em relação ao âmbito americano, os direitos de Seguridade Social também são consagrados pelo “Protocolo de San Salvador” – Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também incorporada pelo Brasil ao seu ordenamento jurídico.

Em relação ao direito interno, desde 1988 a Seguridade Social e a Previdência Social encontram o mais amplo reconhecimento normativo no Texto Constitucional, com diversos dispositivos constitucionais que lhe são dedicados¹⁹.

A finalidade constitucional ao estabelecer direitos sociais como a previdência e a assistência sociais é a de assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna. Busca-se não apenas a sobrevivência física dos indivíduos, mas uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade (SARLET, 2004: 306).

Do ponto de vista estrutural, considerando que a Previdência Social e a Assistência Social compõem uma variada gama de benefícios, objeto de concretização e detalhada regulamentação infraconstitucional – um complexo de normas e posições jurídicas – têm-se que esse direito fundamental assume a feição de verdadeira *garantia institucional* (SARLET, 2004: 313).

1.1.2. Deficiência estrutural/fundante da Previdência Social no Brasil.

A Previdência Social e seus benefícios são mercadorias raras, utilidades, objeto de intensa luta política e barganha. Na América Latina, no Brasil em especial, essa instituição exacerba as desigualdades de distribuição de renda já existentes. Há conflito quanto à maneira adequada de representar os interesses dos beneficiários na elaboração da

¹⁹ A Seguridade Social encontra-se prevista nos artigos 193 a 204, da Constituição Federal, os quais apresentam uma regulamentação minuciosa dos campos da Saúde, da Assistência Social e da Previdência Social, esta em especial objeto dos artigos 201 e 202, além das previsões normativas sobre custeio e financiamento inscritas no artigo 195, da Carta Magna.

política previdenciária, o que se vincula com a relação de distribuição de poder na sociedade, bem como com o papel facilitador das estruturas administrativas do sistema previdenciário (MALLOY, 1979: 13-14).

Para WANDERLEY GUILHERME DOS SANTOS (1979: 17), a legislação previdenciária brasileira surge como forma de antecipação da gestão das crises do processo de acumulação capitalista no país.

A Previdência Social se vincula à reestruturação das relações do Estado com a sociedade no capitalismo moderno. Surge a figura de um Estado regulador, no intuito de conter os conflitos sociais, mediando o processo de acumulação e distribuição de capital. A política social perde seu cunho eminentemente “político” e passa a ser encarada sob o ponto de vista burocrático: “capitalismo de administração estatal” (MALLOY, 1986: 32-34).

No caso das economias periféricas da América Latina, o advento das instituições previdenciárias não corresponde a mero processo de imitação dos países europeus. As políticas de Previdência Social também surgem como forma de administrar a questão da coesão social diante das contradições de modernidade-tradição dessas sociedades; o Estado acaba sendo o principal indutor da área econômica e a necessidade de administração desse conflito aparece nesses países ainda mais cedo e de forma mais aguda que nos países europeus, inclusive como efeito da inclusão tardia desses países no capitalismo, quase sempre na condição de exportadores de matérias-primas (MALLOY, 1986: 38-40).

Na maior parte desses países, a expansão da Previdência Social, até os anos 1960, coincidiu com estratégias populistas de coalisão política, no contexto da industrialização de substituição de importações, gerando uma “aristocracia trabalhista” consubstanciada nos trabalhadores inseridos no sistema previdenciário (MALLOY, 1986: 56-57).

A proteção social no Brasil começa a partir do *assistencialismo*, ainda nos tempos do Brasil Colônia, com a atuação das Santas Casas de Misericórdia, que procuravam fornecer alguma ajuda aos idosos, enfermos, órfãos e pobres. Depois, e ainda

como forma antecedente da Previdência Social, surgem as associações de auxílios mútuos, como a Sociedade Portuguesa de Beneficência, em 1860, na cidade de São Paulo, que se dirigiam às primeiras manifestações de carência das classes laborais no capitalismo industrial incipiente daquele momento (JARDIM, 2009: 27-28).

De outra parte, surgem a partir de 1835 os Montepios para servidores civis e militares do Estado, adotando uma estrutura semelhante a dos fundos de pensão. Com a edição da Lei Eloy Chaves, o que será visto adiante, os Montepios são extintos ou passam a funcionar apenas complementarmente, especialmente na área da saúde (JARDIM, 2009: 28-29).

No caso brasileiro, as organizações sindicais na década de 1920 deflagraram inúmeras greves²⁰. As primeiras leis sociais do país objetivaram, em conjunto com algum grau de repressão política, dar resposta a essa situação, preservando o modelo do processo de acumulação. Por conta disso, a partir dos anos 20-30 ocorreu uma regulação social acelerada, com a edição da Lei Eloy Chaves e da CLT e a criação das CAP's, por exemplo (SANTOS, 1979: 71-74; MALLOY, 1979: 36-39).

A Lei Eloy Chaves e as outras leis pioneiras em matéria de previdência social no Brasil foram esforços mínimos e trouxeram proteção a apenas um número reduzido de trabalhadores. Mas marcaram a possibilidade de uma maior intromissão do Governo Federal nas relações trabalhistas, estabelecendo também as bases legais e, sobretudo, conceituais do que viria a ser, futuramente, a Previdência Social no país (MALLOY, 1979: 48).

A cobertura previdenciária, nesse estágio, não se estendia a amplas categorias sociais (com fundamento em uma noção abstrata de classe ou cidadania), mas se dirigia apenas a grupos que exerciam determinadas atividades, como ferroviários, trabalhadores de docas e marítimos. Por vezes com variações de benefícios e forma de

²⁰ Na década de 1920, a despeito do modelo econômico brasileiro constituir-se basicamente no modelo exportador de produtos primários, especialmente o café, o excedente desse setor econômico patrocinou a incipiente industrialização brasileira e, paralelamente, o desenvolvimento do setor terciário (comércio e classes médias urbanas). Nesse quadro, certas greves ocorridas nesse período foram especialmente agressivas ao modelo econômico vigente, sobretudo aquelas que paralisaram alguns serviços públicos como ferrovias e docas, afetando as exportações ao exterior. É nesse contexto que o Governo Federal é chamado a dirimir a nossa incipiente “questão social” (MALLOY, 1979: 42-43).

financiamento dentro da mesma categoria ou até mesmo variação por empresas. Enfim, foram prestigiadas apenas as categorias mais organizadas e economicamente mais importantes da época, detentoras de maior poder de barganha e objeto de maior preocupação política (MALLOY, 1979: 49-57).

A legislação de Previdência Social, assim, passou a reconhecer a existência de categorias sociais, além da existência individual dos cidadãos, através da concepção de *partilha profissional* da população. Em paralelo a esse processo de concessão de direitos, o governo central se arrogou a possibilidade de regulamentar as profissões e, assim, o próprio exercício da cidadania²¹ (SANTOS, 1979: 20; VILLA, 2011: 71).

O desenvolvimento da política de previdência social no Brasil está diretamente ligado ao reaparecimento do Poder Executivo central nas décadas de 1920-1930, com pouca participação de grupos de interesse na tomada de decisões governamentais, sendo que a mobilização política é moldada e antecipada pelo Governo e é reduzida a capacidade social de articular e representar interesses num contexto de concentração excessiva de poder nas mãos do Estado²² (MALLOY, 1979: 23-41).

Historicamente, a partir da Lei Eloy Chaves, a burocracia patronal e a burocracia sindical é que administravam a Previdência Social da época, instituída através das Caixas de Aposentadoria e Pensão – CAP's. Esse sistema gerou o denominado *peleguismo*, quadro político em que a direção dos órgãos previdenciários de fundo profissional era partilhada pelos sindicatos, com a indicação de seus membros para os cargos diretivos dos órgãos previdenciários em troca da submissão à orientação política do Ministério do Trabalho²³ (SANTOS, 1979: 78-79; MALLOY, 1979: 50-51, 79-86). Engendrou-se um modelo corporativista de relação Estado-sociedade, no qual outras forças

²¹ Curioso sublinhar que um dos teóricos que procuraram dar legitimidade científica ao Estado Novo, AZEVEDO AMARAL (1938: 79), negava a existência da *questão social* no Brasil daquela época.

²² O período Vargas é caracterizado por um autoritarismo orgânico: pretendeu-se a criação de uma sociedade orgânica mais ou menos harmoniosa através da incorporação de agrupamentos sociais essenciais, num conjunto de estruturas controladas e centralmente dominadas por um aparelho de Estado Administrativo. Altera-se o jogo político, antes monopolizado pelas elites rurais, que passa a contar agora com a participação da classe média urbana e da incipiente burguesia industrial nacional, dentre outros segmentos sociais. Todos estes setores gozam de benefícios políticos e sociais patrocinados pelo governo autoritário central em troca da garantia de sua legitimidade (MALLOY, 1979: 60-63).

²³ Deve ser pontuado que, naquela época, apenas os sindicatos legalizados, ou permitidos pelo Governo Federal, isto é, aqueles que apoiavam ao regime, poderiam existir. Os sindicatos contrários ao governo foram sumariamente reprimidos (MALLOY, 1979: 65-68).

sociais que não estivessem cooptadas pelo Governo não tinham vez na distribuição das benesses sociais (MALLOY, 1979: 25-26).

Em 1933 introduz-se novo conceito de organização previdenciária, os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP's), que se juntam às CAP's já existentes. Os IAP's têm como população assegurada uma específica categoria profissional (como comerciários ou bancários), não se vinculando, como faziam as CAP's, a uma determinada fábrica, empresa ou grupo de empresas. Tratou-se de uma expansão lógica do sistema implementado nos anos 1920 (MALLOY, 1979: 74-75).

No ambiente político mais democrático do pós-1945, inclusive como forma de buscar nova legitimação para o Governo Federal e aprimorar a centralização política, buscou-se a reforma previdenciária, a qual apontava para a universalização do sistema, a uniformização dos benefícios e sistema de financiamento, além da racionalização administrativa, a partir da centralização da gestão previdenciária. Também se procurava alguma forma de redistribuição de renda (MALLOY, 1979: 90-93).

Os sindicatos da época puseram-se contra a pretensão governamental de uniformização dos institutos previdenciários, pois esta medida implicaria em perda de poder junto às suas respectivas classes profissionais (SANTOS, 1979: 26-27). A essa resistência podiam ser somadas as oposições movidas pelos grupos de trabalhadores privilegiados em termos de cobertura previdenciária (bancários, ferroviários, marítimos e trabalhadores de docas, p. ex.), que não queriam abrir mão de seus benefícios diferenciados, e pela objeção levantada pela própria estrutura administrativa interna à Previdência Social, corpo de servidores que temia pela perda de seus empregos públicos e privilégios funcionais com a unificação e racionalização do sistema (MALLOY, 1979: 94-102).

Tais resistências não foram vencidas, por conta do delicado quadro político delicado da época, e a unificação da legislação previdenciária só ocorre em 1960, através de inúmeras concessões aos grupos opositores: não houve redução do aparelho administrativo; os benefícios, ao invés de racionalizados, foram uniformizados “pelo alto”, passando a valer, se previstos em um específico CAP ou IAP, para todos os trabalhadores

assegurados; os prazos de carência foram reduzidos ou abolidos (MALLOY, 1979: 106-108).

Essa situação engendrou ainda mais clientelismo político e ensejou a insolvência financeira dos institutos, agravando ainda mais o processo inflacionário nacional, pois o déficit previdenciário era custeado pelo Governo Federal, através da arrecadação geral de impostos exigidos da sociedade, evidente aspecto de tributação regressiva e injustiça fiscal (MALLOY, 1979: 110).

A partir da LOPS, em 1960, e especialmente com a criação do INPS, em 1966, a Previdência Social passa mais fortemente às rédeas da administração pública sob o argumento da racionalidade administrativa, com correlata perda de controle social sobre esta política pública, pois a representação dos trabalhadores na administração previdenciária foi totalmente abolida (SANTOS, 1979: 79-82; MALLOY, 1979: 135).

Com a edição da LOPS, a cobertura previdenciária passa a ser garantida a qualquer um que tivesse profissão regulada pela CLT, mas continuaram totalmente desassistidos os trabalhadores rurais e os empregados domésticos, além dos autônomos. Apenas com a agitação camponesa das décadas de 50-60 é que haverá alguma resposta legal para essa situação, através do Estatuto do Trabalhador Rural, criado pela Lei 4.214, de 02.03.1963²⁴, ainda que esse novo regramento jurídico permaneça meramente simbólico, sem alterar de fato as bases do trabalho rural, pois nunca foi regulamentado (BERWANGER, 2010: 75). Quanto aos domésticos²⁵ e autônomos, sua dispersão pelo território nacional impedirá, naquele momento histórico, qualquer forma de pressão ou incômodo ao Governo (SANTOS, 1979: 33-34; MALLOY, 1979: 110-119).

A inclusão da população rural no sistema previdenciário ocorrerá apenas em 1971, com a criação do PRORURAL. Porém, sua inclusão é muito mais fruto de um projeto de integração e desenvolvimento nacionais do governo militar do que propriamente resultado de pressões políticas desse grupo social. O programa previdenciário, todavia,

²⁴ Para análise detalhada do processo de incorporação da proteção social aos trabalhadores rurais veja-se, como obra de referência: BERWANGER (2014).

²⁵ Em última instância, a plena equiparação de direitos entre empregados domésticos e demais categorias profissionais só foi atingida, ao menos no plano normativo, por obra da recente Emenda Constitucional nº 72/2013, ainda despida de regulamentação.

ainda era mais modesto que o sistema urbano, inclusive com o pagamento de benefícios de muito menor valor e um número limitado de modalidades de benefícios, com uma organização administrativa bastante incipiente também, em parte a cargo dos sindicatos de trabalhadores rurais controlados pelo governo (MALLOY, 1979: 136-139).

A urbanização e industrialização que ocorreram no Brasil a partir dos anos 1950-1960 alteraram profundamente o contexto sócio-político. O modelo de *cidadania regulada* se esgota e a solução, inclusive para a crise econômica que se visualizou nos regimes previdenciários, passou a ser a via autoritária, inaugurada no Brasil em 1964 (SANTOS, 1979: 100-101; BORZUTSKY, 1986: 352-355).

Durante o período autoritário os tecnocratas da Previdência Social²⁶ ganharam espaço na atividade de regulação previdenciária que não possuíam na etapa histórica anterior, de coalisão com as classes populares, justamente pela exclusão da participação popular da vida política (BORZUTSKY, 1986: 354-355).

Deve-se sublinhar que as primeiras regras jurídicas de Previdência Social no Brasil adotaram a perspectiva setorial/profissional, resquício do modelo das corporações de ofício, privilegiando em primeiro lugar os servidores públicos e somente depois abrangendo os profissionais da iniciativa privada (SANTOS, 1979: 19-24; MALLOY, 1986: 37-38, 49-53).

Nos países como o Brasil, ainda há um esforço de universalização da proteção social, pois os sistemas previdenciários ainda são especialmente voltados a funcionários públicos ou uma pequena parcela da população que trabalha com registro empregatício formal. Enfim, uma estrutura elitista, clientelista e ineficaz no combate à

²⁶ Ressaltemos que a participação dos tecnocratas da Previdência Social na política pública previdenciária não começa a ocorrer apenas durante o governo militar. Desde a criação do Ministério do Trabalho (1930) e do IAPI (1936) seus tecnocratas sempre desempenharam importante papel na própria condução das políticas previdenciárias. Além disso, foram os quadros técnicos da estrutura administrativa da Previdência Social, desde os tempos das CAPs e IAPs, os responsáveis por definir a forma e valores dos benefícios previdenciários, assim como os mecanismos de custeio. As pretensões dos trabalhadores nunca foram tão específicas (nas greves, exigia-se o direito previdenciário, mas não exatamente sua forma e requisitos), e isso acarretou que a matriz da legislação previdenciária, em grande medida, era definida pela própria burocracia previdenciária (MALLOY, 1979: 81-83). É importante notar que essa matriz histórica terá importantes consequências práticas, pois enraíza uma cultura de definição da cobertura previdenciária por parte da elite burocrática do órgão gestor da Previdência Social, o que produz efeitos e consequências até os dias atuais.

exclusão social, de reforma muito custosa em termos políticos (CARVALHO FILHO, 1998: 204; MESA-LAGO, MÜLLER, 2004: 59-60).

Nesses termos, a Previdência Social brasileira já nasce conflituosa e excludente, à semelhança do que ocorre em toda a América Latina, onde os regimes previdenciários:

“vêm acumulando distorções históricas de toda ordem, adotando práticas patrimonialistas, clientelistas e assistencialistas; tradicional cultura do imediatismo; ingerência política, com administração não-profissional; permanente confusão conceitual entre previdência e assistência social (à exceção do Brasil); introdução de novos benefícios sem a indispensável fonte de custeio no longo prazo e adiamento dos ajustes necessários; inexistência de cadastros de trabalhadores ativos e inativos; ausência de corpo técnico qualificado, de informações e de estudos sistemáticos e de investimento permanente em tecnologia, que dimensionem e possibilitem o controle das receitas e das despesas, reduzindo as fraudes e os desperdícios, bem como acompanhem o desempenho e projetem as tendências.” (CARVALHO FILHO, 1998: 204)

A esse conjunto de distorções se aliam a histórica instabilidade política dos países latino-americanos, inclusive do Brasil, a informalidade estrutural da economia, as elevadas taxas de inflação, constantemente agravadas pelas mudanças estruturais no mercado de trabalho²⁷, cada vez menos formalizado, e o envelhecimento populacional (CARVALHO FILHO, 1998: 204).

A pretensão de universalidade nunca foi atingida plenamente, mesmo em relação aos trabalhadores em situação formal, deixando de fora, por largo período de tempo, os trabalhadores informais e o campesinato (TAMBURI, 1986: 97-98).

ISUANI (1986: 113-114, 123-128) argumenta que a universalização da Seguridade Social só seria plena com a universalização do emprego formal (erradicação do desemprego e do subemprego), ou com a adoção da perspectiva de que o cidadão, por essa

²⁷ Além do desemprego estrutural que é característica das últimas duas ou três décadas, deve ser pontuado que a existência de alto desemprego e/ou de subemprego sempre foi uma característica marcante dos países da América Latina, pois a criação de empregos formais nunca absorveu por completo as consequências dos seguintes fatores: a) altas taxas de crescimento demográfico; b) enormes migrações do campo para as cidades; c) desemprego já existente (ISUANI, 1986: 115). Outrossim, a crise de emprego na América Latina também decorre do fato de que os empregos que poderiam ser gerados nas etapas “fáceis” da industrialização (substituição das importações) já teriam sido criados (WILSON, 1986: 294-298).

própria condição, fizesse jus à cobertura social das contingências. Diante da inviabilidade de universalizar plenamente a Previdência Social, a Assistência Social surgiria como a alternativa/opção para ampliar a cobertura social aos setores mais vulneráveis da sociedade.

A crise fiscal e de legitimidade dos regimes previdenciários, ao que se soma o *desemprego estrutural*²⁸ que é característica de nossa sociedade contemporânea, anunciam o fim da etapa da Previdência Social como mediadora da coesão social na sociedade capitalista moderna (mediada pelo Estado). E esse quadro planta a necessidade de se encontrar outras formas de coesão social e de proteção social, superando a lógica contratual do mercado previdenciário, baseado unicamente nas contribuições previdenciárias. Em última análise, deve-se descobrir novas formas para o exercício da cidadania, base da coesão e legitimidade política da sociedade moderna (MALLOY, 1986: 65).

No mesmo sentido, entende-se que o estreitamento do acesso ao mercado formal de trabalho reduz estruturalmente a possibilidade de cobertura previdenciária²⁹ e redundando em formas de proteção social apenas pela via da Assistência Social (DEMO, 1995: 45-46; SPATOLA, 2001: 183-184).

Esse quadro é o que parece estar ocorrendo no Brasil atual. A retração da Previdência Social ocorre ao lado da expansão das políticas assistenciais (do tipo “Bolsa

²⁸ Desemprego estrutural, na definição de FREITAS JR., (1999: 30-31) é aquele que é “ocasionado não apenas por fatores transitórios de crise nas economias nacionais, mas, diversamente, um fenômeno produzido por fatores que residem no próprio modelo de estruturação da economia; vale dizer, em seus ingredientes constitutivos. Desse modo, é possível falar em desemprego produzido pelo próprio crescimento e pela modernização da economia, onde quer que se caracterizem pela crescente incorporação de tecnologias redutoras da necessidade de trabalho humano direto, bem como pela progressiva globalização das relações de produção e dos mercados, com suas importantes projeções, seja no terreno da dispersão internacional das etapas da produção, seja no da própria transnacionalização dos agentes econômicos”.

²⁹ FREITAS JR. (1999: 38-39), aponta uma exaustão paradigmática do Direito em relação à regulação do mundo do trabalho e afirma que “parece ser fora de questão que a teoria social e o Direito necessitam caminhar na direção de se reaparelharem para compreender e interferir numa realidade em que a centralidade do emprego típico e a ambição do pleno emprego parecem constituir um capítulo encerrado da história mais recente deste século”. Assim, o professor uspiiano aponta duas linhas de incerteza que devem ser enfrentadas pela pesquisa jurídica do novo século: “uma primeira, de índole fenomênica, decorrente da velocidade e da progressiva intensificação com que as mudanças se vêm externando, o que faz gerar compreensíveis perplexidades associadas à decrescente nitidez dos cenários predizíveis e, uma segunda, de natureza cognitiva, que incide sobre a inadequação de muitas das categorias teóricas e das premissas metodológicas sobre as quais se construíram os arquétipos metodológicos do Direito e da teoria social contemporâneos”.

Família”), o que pode representar o esgotamento da atividade praticada pelo INSS e do próprio modelo previdenciário.

Na ausência de estudos referenciais já consolidados sobre essa questão, pode-se ficar com a ideia de que está a ocorrer uma nova forma de pacto político para a orquestração social, agora tendo como personagem central a chamada nova classe média ou classe C, recém incorporada ao consumo e a algumas possibilidades do exercício de cidadania.

A deficiência na universalização da Previdência Social e a troca deste modelo por outro, agora essencialmente assistencial, também podem ser entendidas como raízes do conflito previdenciário.

1.1.3. Reformas neoliberais e desmonte da estrutura previdenciária.

Em toda a América Latina, a partir dos anos 1990, começaram a ocorrer reformas estruturais nos sistemas públicos de Previdência Social³⁰. A adoção dessas reformas deveu-se em grande parte à influência da ortodoxia neoliberal, patrocinada sobretudo pelo Banco Mundial, mas também de grupos de interesse local, como empresários - interessados na redução de suas contribuições previdenciárias- e dos setores financeiro e de seguros, interessados na gestão dos fundos de pensão (MESA-LAGO, MÜLLER, 2004: 80-81).

O modelo neoliberal privilegia as relações de mercado como fator de regulação da economia e da sociedade. Além disso, divulga uma concepção de Estado mínimo³¹ e subserviente ao processo produtivo, acompanhada de atitude agressiva contra os gastos públicos, inclusive sociais, tidos como duvidosos e inúteis, estabelecendo a intocabilidade do lucro fácil e desimpedido, sem qualquer forma de compromisso com os direitos fundamentais (DEMO, 1995: 34-35).

³⁰ Ademais, tal programa de reformas latino-americanas se insere em um quadro global de revisão dos pactos intergeracionais (NITSCH, 2004: 207).

³¹ Na realidade o modelo neoliberal não implica, efetivamente, em um Estado Mínimo, pois este continua a atuar firmemente, mas agora administrando favoravelmente ao capital as questões produtivas e sociais (DEMO, 1995: 36).

A despeito da existência de oposição às reformas previdenciárias por parte de sindicatos, partidos de esquerda, associações de aposentados, pensionistas e servidores públicos (MESA-LAGO, MÜLLER, 2004: 81), há aqueles que as consideraram, especialmente no Brasil, como promotoras de cidadania, equidade e justiça social, à medida que incitaram a unificação dos sistemas previdenciários destinados à iniciativa privada e aos servidores públicos, rebaixando benefícios previdenciários apenas em detrimento de grupos privilegiados, mas promovendo a inclusão de grandes segmentos sociais, com a garantia de uma cobertura social mínima (NITSCH, 2004: 215-217; JARDIM, 2009: 130-134).

É interessante notar que a revisão estrutural dos sistemas de Previdência Social, na América Latina dos anos 1990, deixou de ser considerada uma forma de suicídio político, e não necessitou de governos autoritários para ser implementada. Com efeito, foram realizadas tais reformas a partir de uma revisão substancial do contrato social, derivadas de nítida influência externa da ortodoxia neoliberal, principalmente através das recomendações do Banco Mundial, mas sempre dentro do ambiente democrático e do processo político interno (MESA-LAGO, MÜLLER, 2004: 58-59).

O processo de desmonte/reforma das instituições previdenciárias latino-americanas pode ser compreendido dentro de um quadro mais amplo, mundial, de crise dos direitos sociais e do assim denominado Estado-Providência.

Diante de fatores de crise econômica, não mais se avança com o modelo político-econômico do Estado Social, limitando-se à manutenção de seus contornos atuais. O abalo intelectual do Estado-Providência corresponde ou prova uma crise de solidariedade: vislumbra-se uma corporatização social e uma segmentação social mais estreita, com a ausência de corpos sociais intermediários (como os partidos ou sindicatos, que se enfraquecem), quebrando-se o paradigma de solidariedade automática do *Welfare State* (ROSANVALLON, 1997: 29-38).

Os teóricos liberais passam a questionar a ineficiência do Estado-Providência e preconizam a redução de seu tamanho, ao lado da exaltação do mercado como regulador da sociedade e como mecanismo apropriado de produção de justiça social. Adotam um discurso pautado pelo “individualismo radical”, negando a própria existência

de um tecido social. Pregam a indiferença absoluta dos homens entre si, o que gera o esvaziamento do processo político como forma de lidar com o dissenso (ROSANVALLON, 1997: 47-49, 67-80).

O que está em crise, na verdade, é o próprio paradigma assegurador do Estado-Providência: os riscos sociais não são mais percebidos como homogêneos ou aleatórios. Além disso, nem tudo é risco: há estados permanentes como a exclusão ou o *desemprego estrutural*, que provocam a exclusão de vastos segmentos sociais do alcance da proteção social. A *precariedade* e a *vulnerabilidade* são mais relevantes que a noção de risco, atualmente, e demonstram a defasagem dos antigos instrumentos de gestão do social (ROSANVALLON, 2011: 27-29).

A noção de justiça social, hoje, se relaciona mais com a perspectiva de uma vitimização generalizada de grupos sociais, que exigem compensação/indenização³² do que com a perspectiva de classe. Certamente uma visão muito mais ligada aos direitos civis que aos direitos sociais, dentro de uma sociedade multicultural onde a tolerância com o diferente é mais relevante que a necessidade de igualdade e redistribuição (ROSANVALLON, 2011: 66-68).

Ocorre também a *individualização do social*. Não há mais populações ou grupos sociais específicos como objeto de políticas sociais, mas principalmente sujeitos e situações particulares, o que dificulta a atuação das políticas sociais³³ (ROSANVALLON, 2011: 189-190).

De outra parte, a questão social hoje não pode se restringir ao combate à exclusão social, mas também deve levar em consideração outras importantes contradições sociais, como a redução da remuneração salarial, a precarização do trabalho e desocupação

³² O autor exemplifica com o movimento negro norte-americano, que exigiu a dessegregação escolar e as políticas de ações afirmativas como resposta a uma dívida social decorrente dos séculos de escravidão naquele país.

³³ Os direitos sociais são normalmente apreendidos em termos jurídicos tradicionais de acesso automático e incondicionado aos benefícios, de modo que toda individualização é considerada um retrocesso. Porém, na ausência de grupos sociais bem definidos, existindo principalmente os indivíduos como objeto de proteção social, deve-se promover ajudas diferenciadas. A universalidade da norma jurídica dá lugar à equidade, que significa aqui o direito igual a um tratamento equivalente – uma perspectiva processual dos direitos sociais (ROSANVALLON, 2011: 209-210).

estrutural, além da situação das classes médias. Em suma, vem a lume a complexa questão da *seletividade* das políticas sociais³⁴ (ROSANVALLON, 2011: 85-96).

Diante destes aspectos, o desafio é encontrar uma modalidade de políticas sociais redistributivas, e suas respectivas formas de custeio, a partir de uma compreensão ampla do campo das diferenças e desigualdades existentes na sociedade atual, complexa (ROSANVALLON, 2011: 97).

De outra parte, nossas sociedades têm produzido o retorno à noção de *responsabilidade individual pelas mazelas sociais*, com abandono da noção de risco como algo socialmente produzido (ROSANVALLON, 2011: 30-32). Introduce-se um elemento moralizante conservador, procurando destinar as políticas sociais com exclusividade àquelas pessoas “merecedoras” de proteção (LEITE, 1981: 25-26, 30-31). Esse argumento, que caracteriza o pensamento doutrinário norte-americano a respeito da proteção social, vem ganhando espaço também na discussão político-acadêmica no Brasil a respeito da Previdência Social.

Muda-se também a figura daquele que é objeto da proteção social: no lugar do cidadão passa-se à figura do contribuinte, com notória redução da noção de solidariedade (ROSANVALLON, 2011: 77-80). O enunciado da solidariedade social previdenciária passa a ser colonizado pela ética privatista da responsabilidade obrigacional pecuniária, a partir dos enunciados normativos do caráter contributivo do sistema previdenciário e da finalidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (GNATA, 2014: 85).

A consequência da adoção desse modelo pecuniário de previdência social é a exclusão social previdenciária de pessoas que renderam suas vidas, involuntariamente, ao trabalho subordinado informal, em razão da experiência histórica brasileira que os alija da consciência sobre seus direitos sociais e sua dignidade (GNATA, 2014: 88-89), em que pese terem contribuído à produção nacional de riqueza.

³⁴ No Brasil, o princípio da seletividade e distributividade das políticas de Seguridade Social encontra-se previsto expressamente no art. 194, inciso III, da Constituição Federal de 1988. A esse respeito, para maiores detalhes, ver: SANTOS (2003).

Outro aspecto importante das reformas neoliberais é o enfrentamento entre modelos públicos e privados de gestão dos sistemas previdenciários³⁵. Contrasta-se o modelo privado, supostamente caracterizado por liberdade de eleição, propriedade de conta individual, transparência e equidade no cálculo do benefício, com sistemas públicos corruptos, inequitativos, deficitários e pouco transparentes, criando-se a impressão de que um sistema privado de capitalização individual é superior ao de repartição coletiva, não somente quanto aos efeitos econômicos colaterais (aumento da poupança, desenvolvimento do mercado de capitais e do emprego, maior crescimento), mas também através de um alegado *empoderamento* dos cidadãos (MESA-LAGO, HUJO, NITSCH, 2004: 09-10).

Nesse contexto, ROSANVALLON (2011: 07-12) nos desafia a refletir sobre a *nova questão social*, consistente no retorno a antigas formas de exploração, redundando em desemprego estrutural e aumento da exclusão, para as quais se vê a inadequação dos velhos métodos de gestão do social (insuficiência do Estado-Providência), pois os problemas que eram apenas conjunturais passam a ser estruturais. A crise do Estado Social, mais do que financeira ou ideológica, passa ser filosófica, exigindo sua refundação política e a revisão da ideia de solidariedade e do próprio conceito de direitos sociais.

No modelo brasileiro, a reforma previdenciária, de corte neoliberal, redundou na restrição ou diminuição da cobertura de proteção social em diversos aspectos, destacadamente os seguintes: a) alteração do paradigma previdenciário, com abandono da proteção do trabalhador (através da aposentadoria por tempo de serviço) e acolhimento do paradigma essencialmente contributivo (adoção da aposentadoria por tempo de contribuição); b) extinção da aposentadoria proporcional por tempo de serviço; c) criação e implementação do fator previdenciário, que não é mais do que um cálculo matemático redutor do valor das aposentadorias; d) extinção dos benefícios do pecúlio e abono de permanência.

³⁵ Embora se vincule a adoção/prioridade da Previdência Privada às reformas neoliberais dos anos 1990 deve ser sempre lembrado que esse tipo de regime já existia no Brasil desde a Lei 6.435, de 15.07.1977. Esses programas, de interesse mais do Governo e do mercado de capitais, além de calcados nas empresas públicas, em sua maioria entraram em processo de insolvência nos anos 80-90, em razão de corrupção, inflação e ausência de fiscalização e, nos anos 90, uma participação criticável nos programas de privatização. Esses motivos é que ensejam a desconfiança quanto a essas entidades, ainda hoje (JARDIM, 2009: 32-42).

No segmento da previdência destinada aos servidores públicos, ocorreram, dentre outras medidas, as seguintes: a) estabelecimento de idade mínima para aposentadoria voluntária, sendo 55 anos para a mulher e 60 anos para o homem, com regras de transição para os servidores já em atividade; b) estabelecimento de teto para o valor recebido como aposentadoria, tendo como referência o subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal; c) o estabelecimento de contribuições previdenciárias a cargo dos aposentados e pensionistas; d) sujeição dos servidores públicos ao teto de benefícios previdenciários pago pelo RGPS, com cálculo do valor da aposentadoria com base na média das contribuições previdenciárias.

As reformas previdenciárias de corte neoliberal, ainda que se considere o desgaste e perda de legitimidade do modelo do *Welfare State*, são fatores políticos relevantes como causa do conflito previdenciário³⁶, pois os cidadãos adquirem a percepção de que seus direitos foram suprimidos, subtraídos. A noção de injustiça sofrida se instala e a busca por alguma forma de reparação será buscada³⁷.

1.2. Características jurídicas dos direitos fundamentais.

Para as finalidades deste estudo faz-se necessário assinalar as principais características jurídicas dos direitos fundamentais e, em particular, dos direitos fundamentais sociais, sempre analisadas criticamente.

Os direitos fundamentais possuem dois tipos de definição: uma primeira, de ordem *formal*, que não especifica seu conteúdo, limitando-se a alguma indicação sobre seu regime jurídico especial; outra, de ordem *finalística* ou *teleológica*, que define o conjunto dos direitos humanos como aqueles indispensáveis ou essenciais para o desenvolvimento digno da pessoa humana³⁸ (RAMOS, 2012: 29-30).

³⁶ A abundância econômica (presença de excedentes) propicia soluções pacíficas e consensuais dos conflitos, ao passo que quadros de escassez projetam soluções coercitivas ou mesmo processos de ruptura e/ou revolucionários (DAHL, 1970: 116-119).

³⁷ É o processo que ocorreu na Argentina. As reformas previdenciárias iniciadas em 1994 ensejaram incremento da litigância em torno das relações previdenciárias, em virtude da redução da carga de proteção social (SPATOLA, 2001: 201-203).

³⁸ Não é incomum que essas duas ordens de argumentação misturem-se nos diversos campos doutrinários direcionados ao estudo dos direitos fundamentais, o que é irrelevante em termos desta pesquisa.

Os direitos fundamentais dividem-se em *regras* (enunciados jurídicos tradicionais, dotados de um pressuposto fático e uma consequência) e *princípios* (mandatos de otimização de um determinado valor ou bem jurídico, para que seja realizado na maior medida possível), conforme formulação de ROBERT ALEXY, bastante aceita entre nós. Mas frequentemente possuem uma formulação normativa aberta (RAMOS, 2012: 38-39).

Os direitos fundamentais são dotados de *autoaplicabilidade*, isto é, podem ser imediatamente executados e exigidos, o que em nosso ordenamento jurídico bem consagrado no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. A autoaplicabilidade é a base para a plena exigibilidade dos direitos fundamentais.

Os direitos sociais, por sua vez, também são *exigíveis*, ainda que para sua eficácia plena seja imprescindíveis, de uma forma ou outra, a intervenção legislativa e a ação do Poder Executivo, a partir da implantação de políticas públicas. Além disso, são direitos jurisdicionáveis, isto é, podem, em tese, ser exigidos diante de um tribunal e tutelados por ele, de forma que sua vulneração não pode permanecer impune, estabelecendo-se algum mecanismo que obrigue aos órgãos legislativos ou administrativos a justificar publicamente as razões de seu descumprimento, e sua legitimidade ou ilegitimidade (SCHWARZ, 2010;2013: 102-103).

À exigibilidade condicionada dos direitos sociais costuma-se contrapor à exigibilidade dos direitos civis e políticos, de proteção jurídica alegadamente mais fácil, visto que são tradicionalmente identificados como direitos negativos, não onerosos, facilmente exigíveis, sendo que os direitos sociais seriam direitos positivos, onerosos, vagos, indeterminados e de eficácia mediata, condicionados, na sua concretização, por critérios de razoabilidade ou de disponibilidade financeira, em claro contexto de disputas alocativas, com o que acabam sendo transformados em meros princípios reitores ou cláusulas programáticas, relegadas ao alvedrio legislativo e executivo (SCHWARZ, 2010; 2013: 50-68).

Todavia, os mesmos argumentos utilizados para endossar essa visão debilitada dos direitos sociais podem ser facilmente estendidos a todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos civis e políticos. Nem os direitos civis e políticos podem ser caracterizados apenas como direitos negativos, de abstenção, nem os direitos

sociais podem ser caracterizados absolutamente como direitos positivos, de intervenção (SCHWARZ, 2010).

Um direito de primeira geração típico, como o direito de propriedade, não demanda apenas a ausência de interferências arbitrárias, mas igualmente uma série de prestações públicas igualmente onerosas, como registros públicos e a criação e manutenção de forças de segurança pública. No mesmo sentido a garantia do direito de voto, normalmente considerado direito fundamental de primeira dimensão: exige uma ampla e onerosa infraestrutura, como cédulas eleitorais, urnas, mesários e escrutinadores ou sistemas eletrônicos equivalentes (SCHWARZ, 2010).

De outra parte, por vezes pode-se demonstrar em juízo a existência efetiva de recursos para a adoção/alteração da política pública, além da utilização de números e dados alternativos, afastando eventual alegação governamental sobre insuficiência orçamentária (SCHWARZ, 2010).

De modo geral, deve-se reconhecer que no Estado Social altera-se a concepção clássica sobre o orçamento público, que passa a ser visto como instrumento para a concessão de direitos sociais, os quais não podem deixar de ser efetivados sob o argumento de ausência de recursos, havendo que se inverter esse raciocínio: procurar-se encontrar novas fontes de financiamento, otimizar-se a arrecadação tributária e prática orçamentária. Desse quadro se verifica a inconsistência da teoria da reserva do possível, comumente invocada para justificar a inação em termos de direitos sociais (CANELA JR., 2012: 229-233).

Do lado oposto, os direitos fundamentais sociais por vezes são despidos de custos ou comportam meramente deveres de abstenção. O direito à moradia não envolve tão somente políticas públicas de construção de habitações, mas também a garantia de não ser arbitrariamente desalojado ou garantias jurídicas em contratos de inquilinato, contra preços abusivos. O direito ao trabalho também se relaciona à proteção contra a despedida arbitrária, o que envolve um dever de abstenção por parte das empresas (SCHWARZ, 2010).

Esse tipo de obrigação negativa, por parte do Estado ou de particulares, em nada tangencia a chamada “reserva do possível”, não implicando em gastos relevantes. Outros tipos de direitos sociais implicam prestações positivas, mas não prestações fáticas, dependendo unicamente de prestações normativas (leis, decretos, etc.) que inserem um determinado marco regulatório (SCHWARZ, 2010).

Assim, o que está em jogo, na verdade, diante de um contexto de disputas alocativas em que se procura justificar a não efetivação de determinados direitos sociais, “é decidir como e com que prioridade serão alocados os recursos que os direitos civis, políticos ou sociais, exigem para a sua satisfação” (SCHWARZ, 2010).

Os direitos fundamentais sociais impõem aos poderes públicos um dever negativo consubstanciado no *princípio da não regressividade* (também conhecido por vedação do retrocesso social), isto é, a impossibilidade de adotarem políticas públicas que piores, sem justificativa razoável, a situação dos direitos sociais no país (SCHWARZ, 2010). Correlatamente, existe uma *obrigação de progressividade*, que impõe aos poderes públicos adotarem programas e políticas de desenvolvimento dos direitos sociais de maneira gradual, na medida da disponibilidade financeira, mas os desautoriza a protelarem indefinidamente a satisfação desses direitos.

Outro aspecto a ser debatido consiste na ideia recorrente de que os direitos sociais seriam “vagos” ou indeterminados, em oposição aos direitos de primeira geração. O que se pondera a respeito é que não somente a linguagem jurídica, mas a própria linguagem humana é dotada de certo grau de indeterminação. Termos relevantes dos direitos fundamentais de primeira geração, como honra ou liberdade de expressão, são essencialmente vagos. No caso dos direitos fundamentais, até mesmo por exigência do pluralismo jurídico, uma regulação excessiva de conteúdo cercearia o espaço democrático do diálogo social a respeito de seu alcance. Todos os direitos são dotados de uma “zona de certeza”, de uma zona negativa e de “zonas cinzentas”. Assim, a doutrina que defende a obscuridade estrutural dos direitos sociais não passa de opção ideológica e indevida (SCHWARZ, 2010; 2013: 30-35).

Outro mito que deve ser enfrentado é o da suposta diferenciação extratificada dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, as quais apresentamos anteriormente exclusivamente para fins didáticos.

Os direitos sociais como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados relacionam-se a questões que compõem expectativa básicas para a vida e a dignidade humanas, atuando como premissas materiais para o exercício de outros direitos fundamentais, como aqueles tidos como mais tradicionais – direitos civis e políticos, ou direitos de primeira geração (SCHWARZ, 2013: 26).

Os direitos fundamentais, em sua várias facetas, são indivisíveis, e os direitos sociais, portanto, revestem-se de uma condição de *interdependência* e *complementaridade* em relação aos direitos civis e políticos, os quais não são mais importantes, mas apenas cronologicamente anteriores – em termos de reconhecimento jurídico – aos direitos sociais (SCHWARZ 2013: 38-49; RAMOS, 2012: 163-166). No campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, essa é a concepção preconizada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993³⁹.

Os direitos fundamentais se caracterizam como cláusulas abertas, isto é, é possível a ampliação de seu leque e de seu conteúdo, pois se submetem ao *princípio da não tipicidade* (RAMOS, 2012: 194-195).

De outra parte, é consensual a concepção de que os direitos fundamentais são irrenunciáveis e inalienáveis, o que levaria, em tese, à inviabilidade de processos de mediação ou conciliação (todo meio transacional, enfim) para solução de conflitos em torno desses direitos. Afinal, segundo RAMOS (2012: 167-168), existem escolhas sociais quanto àquilo que deve merecer proteção especial, evitando-se que venha a ser dilapidado, mesmo com a anuência de seu titular; há limites à autonomia da vontade, impostos em

³⁹ Antes do término da Guerra Fria, a configuração geopolítica internacional impôs que os direitos fundamentais fossem tratados em dois campos segregados, contando cada “geração” de direitos humanos com um Pacto Internacional específico, ambos de 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC – e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP – o primeiro ligado ao bloco soviético e o segundo ao bloco conduzido pelos norte-americanos, sendo facultativo aos países aderirem a um ou outro, independentemente (SCHWARZ, 2013: 49).

nome da dignidade da pessoa humana e em face das desigualdades materiais dos indivíduos⁴⁰.

Mas essa situação deve ser analisada com maior profundidade, pois, paradoxalmente, a maior parte dos autores entende que, havendo autorização legal expressa, é possível a transação ou conciliação em relação a controvérsias envolvendo direitos indisponíveis – inclusive direitos fundamentais.

Segundo FREITAS JR. (2009a: 194), adotado o parâmetro de indisponibilidade dos direitos indisponíveis, este valeria tanto para as ADRs como no âmbito jurisdicional – o que colocaria em xeque o argumento recorrente da impossibilidade de transação sobre direitos fundamentais.

A própria a necessidade de previsão de norma jurídica autorizatória de transação acerca de direitos indisponíveis é objeto de questionamento crítico, em especial na literatura norte-americana e canadense - produzindo algum eco na doutrina brasileira de Direito Público. Bernard Meyer, conceituado mediador norte-americano, descreve em sua obra a própria experiência como mediador em conflitos políticos, como, v.g., o conflito entre ambientalistas e proprietários agrícolas e outra relativa a um conflito acerca da destinação orçamentária da receita proveniente de um determinado tributo em Boulder, Colorado, no ano de 1992 (FREITAS JR., 2009a: 193).

Isso inspira uma reflexão sobre outras formas de lidar com o conflito em torno das políticas públicas e dos próprios direitos fundamentais. A mediação, por exemplo, “pode constituir um extraordinário instrumento de calibração responsável na implementação da agenda da democracia participativa, compondo, por exemplo, um quadro de viabilidade para experimentos análogos aos do chamado orçamento participativo” (FREITAS JR., 2009a: 193-194).

Tomadas certas precauções e impostos alguns condicionamentos⁴¹, os processos consensuais de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação,

⁴⁰ Esse processo é aquilo que, em outra oportunidade, denominei de “barganha do intangível” (SERAU JR., 2014b).

permitem, ao revés da renúncia a direitos fundamentais, justamente o oposto, isto é, uma interpretação dinâmica, conforme as transformações e mudanças sociais, que seja idônea a atualizar o conteúdo do texto constitucional. Enfim, uma *pauta de exercício de direitos*⁴² fundamentais a torná-los ainda mais efetivos, através da criação de uma norma própria para o caso concreto (SERAU JR., 2014b: 138-139).

O receio acerca da co-criação do modo como poderão ser exercidos os direitos fundamentais decorre de uma premissa implantada há muito na cultura jurídica. Há uma visão comum de que a regra jurídica possui superioridade hierárquica na regulação do que é justo, comparativamente à regulação privada ou do âmbito estatal – o velho embate sobre o centralismo jurídico e seu confronto com o pluralismo jurídico ou o “direito espontâneo” (GALANTER, 1984: 166-175).

No caso dos direitos previdenciários, porquanto direitos fundamentais, tornam-se inalienáveis e irrenunciáveis, mas sua expressão econômica (percentuais dos benefícios e parcelas de benefícios em atraso) e forma de implementação do benefício podem ser renunciadas/negociadas (SAVARIS, 2014: 81-83; GARCIA, 2014: 301), sobretudo em práticas de mediação ou conciliação judicial e/ou administrativa. Retomando FREITAS JR. (2009a: 194-195), estar-se-ia diante de simples *pauta de exercício de direitos*, construída consensualmente pelo próprio interessado⁴³.

⁴¹ A literatura que cuida da mediação e das ADRs em geral ressalta cuidados como o *empoderamento* dos mediandos; a necessidade de *decisão informada* (a parte recebe informações sobre todo o arcabouço legal e jurisprudencial aplicável ao conflito em que está envolvida) e de um devido processo legal mínimo (SERAU JR., 2014b: 137). CANOTILHO (2000: 454), examinando o ordenamento jurídico português - em lição perfeitamente aplicável ao nosso contexto – sugere a inviabilidade de renúncia a direitos fundamentais futuros, pois isto implicaria ofensa à dignidade da pessoa humana, limitando-se as transações tão somente a direitos fundamentais *atuais*. No caso da conciliação envolvendo direitos previdenciários, mais adiante teremos a oportunidade de expor outras ressalvas específicas.

⁴² ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS (2012: 167), expoente da doutrina nacional relativa aos direitos fundamentais, formula esse argumento de outra maneira, mas com idêntico sentido: “A indisponibilidade de um direito implica reconhecer a sua total irrenunciabilidade ou que a vontade de seu titular no sentido de renúncia ou disposição somente pode ser manifestada sob controle”.

⁴³ A diferença entre renúncia a direito fundamental e pauta de seu exercício com modulação da forma de fruição dos direitos fundamentais pode ser exemplificada a partir do Direito de Família e do Direito do Trabalho, segmentos normalmente considerados como direitos indisponíveis e mesmo como direitos fundamentais. No campo familiar é possível a proteção à criança através de rotinas de guarda compartilhada ou exercida por apenas um dos genitores, de práticas diversas em torno da regulamentação da pensão e do direito de visitas, por exemplo. Em relação ao campo laboral, acordos em relação a meio-ambiente do trabalho e acerca de indenizações por dano moral trabalhista em nada ferem a dignidade da pessoa trabalhadora, correspondendo a mero acerto dessa relação de direito fundamental (FREITAS JR., 2009a: 194-195).

1.3. Direitos fundamentais e acesso à justiça.

Cumpre fazer uma ligação entre a temática geral dos direitos fundamentais e os temas mais específicos do acesso à justiça e da resolução dos conflitos. A começar da proposição de que o próprio conceito de acesso à justiça, é, por si só, um direito fundamental, previsto em vários ordenamentos jurídicos e em diversos documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁴, de 1948, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica⁴⁵, de 1969.

Todavia, ainda que de direito fundamental se trate, não há um conceito unívoco de acesso à justiça, sendo certo apenas que não se limita ao acesso às instâncias judiciais, sendo, portanto, mais amplo do que a simples proteção judiciária. Além disso, trata-se de conceito que não admite universalismo, devendo ser compreendido à luz dos diversos contextos sociais (BOCHENEK, 2013: 202-205).

Os direitos fundamentais influenciam ou deveriam influenciar o modo como o Estado organiza os mecanismos de acesso à justiça. A autonomia e a autodeterminação fundamentam a plenitude da dignidade da pessoa humana. Estas são exercidas com a participação ativa do cidadão na construção de sua própria existência. Assim, este mesmo princípio deve ser aplicado na concepção de acesso à justiça implementada em uma determinada sociedade: deve ser permitida e valorizada a autonomia do ser humano na resolução de seus conflitos interpessoais (VEZZULA, 2013: 63-70).

A vinculação entre direitos fundamentais e acesso à justiça (SADEK, 2012: 10) impõe que a análise dessa última preocupação seja direcionada para os destinatários da decisão que resolverá os conflitos (LORENCINI, 2009: 608).

⁴⁴ “Art. 8º. Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Art. 10. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.”

⁴⁵ “Art. 8º - 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

O movimento pelo acesso à justiça é preocupação recente, inexistente no século XIX, quando teve grande impulso a teoria processual, pois agora se toma por premissa a ideia de que os direitos são acessíveis para todos, sem distinções, e tais direitos são exigíveis, inclusive pela via judiciária (FRIEDMAN, 1984: 248-251; BORGETTO, LAFORE, 2006: 647; BOCHENEK, 2013: 206-209).

A preocupação com o acesso à justiça se vincula, sobretudo, à existência do Estado Social, que prevê um grande leque de direitos e promete sua efetividade. A ineficiência dos serviços públicos enseja a procura pela garantia dos direitos através da via judicial (LORENCINI, 2009: 609-610).

O acesso à justiça é condição essencial para o exercício dos demais direitos fundamentais (VEZZULA, 2013: 67-68, 71), além de possuir relação direta e recíproca com o nível de democracia de uma determinada sociedade: democracias de alta intensidade são dotadas de amplo acesso à justiça, o que fomenta, ademais, a própria democracia; democracias de baixa intensidade, ao revés, são dotadas de poucos mecanismos de acesso à justiça, o que por sua vez também em nada contribui para o aprimoramento democrático da sociedade (BOCHENEK, 2013: 95-96).

O acesso à justiça, portanto, pode ser considerado como política transversal em relação às políticas de direitos sociais, pois permite o exercício de todos eles. Para tanto, pode ser compreendido de modo amplo, como a facilitação do conhecimento a respeito dos direitos que o cidadão possui, a garantia da assistência de um profissional perante as diversas instâncias administrativas de prestação de benefícios sociais, e a assistência judiciária propriamente dita, inclusive para a resolução de conflitos através de ADRs (BORGETTO, LAFORE, 2006: 497, 649-654).

Os direitos fundamentais devem ser assegurados por diversos sistemas de garantias, não somente jurídicas, mas também políticas, econômicas, culturais e sociais (FLORES, 2011: 15), entendimento que traz grande impacto no tema do acesso à justiça e na abertura que pretendemos conferir-lhe.

É o caldo cultural que define a forma prevalecente de solução de litígios em determinada sociedade. Por exemplo, se nas sociedades ocidentais, de perfil individualista,

prevalece a ação judicial e o modelo adversarial, nas sociedades orientais e africanas, onde os valores coletivos são mais fortes, têm mais espaço os mecanismos de solução consensual de conflitos (VEZZULA, 2013: 70).

No mesmo rumo, deve ser anotado que a atuação do Poder Judiciário, em toda a América Latina, reforça em sua prática, preconceitos de classe e de raça, assim como posições distintas de ricos e pobres, impedindo uma aplicação isonômica da lei (ESQUIROL, 2011: 471), pois o acesso à justiça reflete inequivocamente os grandes contrastes sociais existentes nos países latino-americanos (BOCHENEK, 2013: 162-168).

O acesso à justiça, pelo que expusemos, pode ser considerado como um direito fundamental tanto na perspectiva simplesmente processual, tanto em uma perspectiva mais ampla, que podemos considerar como *procedimental*, considerados neste raciocínio também outros mecanismos de resolução de conflitos e de acesso à ordem jurídica justa.

Além disso, devem ser cogitados vários cenários ou universos específicos no tema amplo do acesso à justiça. Assim, por exemplo, indagar-se do acesso à justiça em relação às controvérsias previdenciárias, como é nosso caso, mas também suas particularidades em matéria de Direito de Família, ou de relações trabalhistas, por exemplo.

No Brasil podemos anotar que a cultura de desrespeito ao cidadão é um dos fatores que levam à preferência forçosa da ação judicial como mecanismo de resolução de conflitos, ainda que o sistema judicial seja, muitas vezes, igualmente autoritário e conservador.

A Constituição Federal de 1988 inovou em relação ao regime constitucional anterior e trouxe um modelo de acesso à justiça bastante amplo, consensualmente considerado como um direito fundamental e redigido nos seguintes termos, estabelecidos no art. 5º, inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse modelo, com suas virtudes e desvantagens, suas potencialidades e limitações, será melhor analisado no desenvolver desta tese.

O Poder Judiciário, contudo, não foi objeto específico de discussão durante o processo de redemocratização e mesmo do processo constituinte. É claro que mereceu tratamento constitucional, mas não houve uma plataforma específica a respeito da democratização do acesso à justiça, o que só ocorrerá a partir dos anos 1990 com as normas jurídicas referentes à defesa do consumidor e dos juizados de pequenas causas (BOCHENEK, 2013: 192-196).

A ampliação do acesso à justiça promovida pela Constituição Federal de 1988, embora seja um elemento extremamente positivo, é paradoxalmente um dos fatores de aumento do conflito previdenciário – justamente por propiciar ampla busca judicial da efetivação dessa política social.

Em relação às ADRs, pode-se afirmar que o investimento social em sistemas alternativos de gestão do conflito não é substitutivo do direito fundamental de acesso à justiça pública, mas mecanismo complementar que pode produzir espaços em que a gestão social de interesses antagônicos se faça com base no direito e no respeito aos direitos fundamentais (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2005: 13-14, 52; GABBAY, 2011: 20).

No âmbito internacional, a resolução 1999/26, de 28.07.1999, do ECOSOC, recomenda aos Estados que fazem parte das Nações Unidas desenvolverem, no contexto de seus sistemas de justiça, procedimentos alternativos ao processo judicial e a formulação de políticas públicas de mediação e justiça restaurativa. A mesma abordagem aparece no Documento Técnico 319/1996, do Banco Mundial (TARTUCE, 2008: 21).

Em que pese os aspectos positivos dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos e todos os demais aspectos interentes às reformas judiciais que assistimos nos últimos anos, não se pode deixar de negar que tais programas fomentados pelo Banco Mundial e o FMI – Fundo Monetário Internacional⁴⁶ cumprem o papel de títeres do modelo político-econômico neoliberal atualmente vigente.

⁴⁶ O Banco Mundial e o FMI promoveram, nos anos 1980 e 1990, na América Latina, programas de reformas estruturais, inclusive reformas dos sistemas judiciais, a fim de suscitar maior certeza jurídica, redução de custos transnacionais e garantias contra intrusões legislativas e regulatórias (ESQUIROL, 2011: 470).

De fato, ao lado do Estado mínimo, da democracia minialista e da liberdade econômica desregulada, o padrão neoliberal também possui como premissa importante o primado do direito e dos tribunais. Esta, porém, não implica no reconhecimento amplo dos direitos fundamentais em juízo, mas tão principalmente na criação de condições necessárias para a economia de mercado: garantia da propriedade privada, previsibilidade e garantia dos contratos e normas legais que assegurem as transações econômicas – a estabilidade e segurança no conteúdo decisório dos atos dos tribunais propicia previsibilidade e exatidão aos negócios do mercado (BOCHENEK, 2013: 53-61).

1.4. Conclusões parciais.

A perspectiva política da construção do *Welfare State*– estruturada como forma de acalmar os ânimos revolucionários e assegurar a permanência do sistema capitalista - e seu desmonte nos últimos anos revelam o conflito previdenciário em sua dimensão alocativa: auferir tributos em que condições e distribuir benefícios e prestações pecuniárias para quem? No próximo capítulo demonstraremos suas repercussões propriamente jurídicas.

Embora a Previdência Social, como demonstramos atrás, tenha como origem sobretudo na preocupação de assegurar a continuidade do modelo capitalista, aplacando a vaga socialista, hoje pode ser lida, paradoxalmente, como direito fundamental – o que transparece sobretudo nas expectativas sociais direcionadas ao órgão previdenciário, em um primeiro momento e, insatisfeitas, redirecionadas ao sistema judicial.

A Previdência Social, como vimos, já nasceu conflituosa no Brasil, pois havia uma variedade do tipo e da qualidade da cobertura previdenciária de acordo com as categorias profissionais (por vezes conforme a empresa), o que ensejou uma competição intergrupos e a ausência de solidariedade de classe, reflexo do poder de barganha de cada grupo laboral, além de um desenho geral de forte dependência econômica e política para com o Estado.

Ademais, grupos vulneráveis como trabalhadores rurais, empregados domésticos e trabalhadores urbanos marginais (avulsos, trabalhadores sem vínculo, etc.) sempre se viram excluídos do sistema previdenciário.

A Previdência Social para os rurícolas, por exemplo, tardou a chegar e sempre foi propiciada com menor qualidade do que a proteção previdenciária destinada aos trabalhadores urbanos. Além disso, é marcante perceber que a cobertura previdenciária rural foi aumentando apenas na medida em que diminuía o público do meio rural (BERWANGER, 2014: 29, 56).

Essa estrutura excludente que se delineou desde os primórdios da política de previdência social brasileira acaba por explodir em determinado momento, que identificamos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a partir de dois fatores essenciais: a) a fixação de um parâmetro universalista de Seguridade Social, baseada na noção de cidadania e não-referente a categorias profissionais, formulando-a como verdadeiro e soberano direito fundamental; b) e garantia de amplo acesso à justiça (prevista no art. 5º, inciso XXXV), sobretudo de acordo com a interpretação e prática jurisprudencial dos primeiros anos de vigência daquele Texto Constitucional.

No Brasil, embora se esteja muito distante do que se poderia chamar de Estado-Providência, os direitos sociais prometidos pela Constituição Federal de 1988 constituem uma expressão eloqüente de sua adoção como horizonte (FREITAS JR., 2014: 71).

Os trabalhadores rurais, por exemplo, finalmente são incluídos no sistema previdenciário (o art. 194, inciso II, da Constituição Federal de 1988, assegura a não-discriminação da cobertura securitária entre trabalhadores urbanos e rurais). A partir de então se verifica uma verdadeira corrida desse segmento social (especialmente na via judiciária) na busca de seus direitos negligenciados por tanto tempo⁴⁷, o que enseja intensa litigiosidade (GARCIA; PEREIRA NETO, 2014: 140-147).

⁴⁷ É importante vislumbrar que o conflito previdenciário pode ocorrer, na vida das pessoas, somente após algumas décadas, pois os requisitos para aposentadoria e demais benefícios previdenciários envolvem, muitas vezes, o transcurso de muito tempo de trabalho ou contribuição, além da presença de idade avançada. Assim, é natural e palpável que se discuta a resolução de um conflito referente a fatos de 20 ou 30 anos passados. Os benefícios previdenciários destinados aos trabalhadores rurais parecem ser justamente um acerto de contas

A primazia dada ao modelo neoliberal de Previdência Social a partir dos anos 1990, com o protagonismo dos fundos de pensão/previdência privada, é igualmente excludente à medida que tais fundos destinam-se somente a certos grupos profissionais ou certas categorias profissionais. No Brasil os fundos de pensão encontram-se concentrados na região Sudeste, especialmente em São Paulo (JARDIM, 2009: 200-201), inexistindo pretensões universalizantes, o que desqualifica seu papel redentor da proteção previdenciária – apenas aumenta o potencial conflitivo do tema aqui tratado.

O modelo neoliberal, que ainda dá suas caras, implicou na redução da cobertura previdenciária – seja isso fruto de ideologia ou real escassez econômica, matéria que não debateremos aqui. Benefícios foram extintos; valores de benefícios previdenciários foram reduzidos, especialmente com a nova metodologia de cálculo e a criação do fator previdenciário; o sistema previdenciário destinado aos servidores públicos vem se equiparando àquele voltado ao grosso da população.

Todos esses ingredientes produzem um cenário altamente conflitivo, a configurar uma autêntica *disputa alocativa*, cujos moldes e condições serão debatidos com mais precisão e em seu campo propriamente jurídico no próximo Capítulo.

com o passado que descrevemos anteriormente, pois enquanto as normas constitucionais tratam do regime jurídico diferenciado ao *segurado especial*, o Brasil - hoje um país predominantemente urbano - parece apontar, em termos de estrutura macroeconômica, para a primazia do agronegócio em detrimento da agricultura de pequena monta.

CAPÍTULO 2 – Conflito previdenciário.

Este segundo capítulo se destina a delinear o *conflito previdenciário*, suas principais características, as características das partes em conflito e a razão deste conflito se desenvolver prioritariamente perante o Poder Judiciário.

2.1. Objeto do conflito previdenciário.

2.1.1. Conceito de conflito.

O conceito de *conflito* não comporta abordagem meramente jurídica e muito menos simplesmente processual. Os conflitos não se resumem a fenômenos que, em algum momento, poderão sofrer alguma intervenção da justiça estatal, abordagem que é considerada para ou pré-processual (FREITAS JR., *grey paper*, s.d.).

Mais do que aspectos jurídicos, os conflitos possuem igualmente elementos filosóficos, sociológicos, psicológicos e econômicos; é necessariamente interdisciplinar a compreensão do fenômeno conflituoso⁴⁸ (TARTUCE, 2008: 24-28; MANCUSO, 2011: 44-48).

FREITAS JR. (*grey paper*, s.d.) apresenta esclarecedora abordagem sobre a dificuldade de definir a noção de conflito:

“Não existe um, nem apenas um fenômeno que comporte, com propriedade, ser denominado conflito. Assim os dilemas intrapsíquicos; as diferenças no plano exclusivo das ideias ou doutrinas, as competições ou disputas esportivas, econômicas ou políticas, as manifestações violentas infensas ao limite físico da autoridade ou da auto-continência; apenas para dar alguns exemplos mais próximos.”

Diante dessa dificuldade inerente à conceituação de conflito, o mesmo autor propõe a *utilização instrumental do conceito de conflito* (FREITAS JR., *grey paper*, s.d.), isto é, sua conceituação teórica com vistas a objetivos de aplicação prática, particularmente tendo como endereço as políticas de justiça (servindo de “ferramenta para análise,

⁴⁸ Essa natureza dos conflitos, que não é apenas jurídica, parece extrapolar a distinção, clássica no Processo Civil, entre *lide sociológica* e *lide jurídica*, conforme lições de Francesco Carnelutti. Parece ir além do que denotam essas conhecidas expressões processuais.

avaliação e predição, visando à intervenção pacificadora sobre os problemas intersubjetivos que exibem divergência no plano moral”).

Além disso, essa perspectiva instrumental do conflito a que faz referência o autor acima citado também se compreende para análise de “*que situações melhor se prestará o recurso a meios não-judiciários de intervenção e, também, mas não menos importante, que situações-problema devem ser reservadas exclusivamente ao tratamento jurisdicional*” (FREITAS JR., 2009a: 190). Esse é o viés que seguiremos em nossa pesquisa: a definição e exame do conflito indicarão a melhor solução a ser adotada, judiciária ou não.

FREITAS JR (2009: 518), a despeito das dificuldades de conceituação que ele próprio aventa, propõe a definição de conflito como “as situações em que estejam presentes, simultaneamente, 1. No plano objetivo: um problema alocativo incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos como necessários, sejam os bens e os encargos de natureza material ou imaterial; 2. No plano comportamental: consciente ou inconsciente, intencional ou não, contraposição no vetor de conduta entre dois sujeitos e; 3. No plano anímico ou motivacional: sujeitos portadores de percepções diferentes sobre como tratar o problema alocativo, como função de valores de justiça”.

Em relação ao problema alocativo, deve ser acrescentado que a escassez de bens a que se fez menção pode ser absoluta ou relativa. *Escassez absoluta* é aquela que afeta a todos os integrantes de uma comunidade ou grupo, como uma situação de desabastecimento por conta de algum evento natural e incontornável de graves proporções. *Escassez relativa* é aquela que expressa a ausência de bens suficientes à satisfação do que os sujeitos consideram necessidade - suas expectativas e ambições – sendo o tipo de conflito alocativo mais freqüente (FREITAS JR., 2009a: 187).

Diferindo em parte dessa respeitável posição doutrinária, entendemos que o conflito pode se dar não somente em relação a questões de alocação de justiça, mas também em torno de normas jurídicas ou da interpretação a seu respeito. Enfim, disputa em torno de direitos/normas jurídicas e da interpretação adequada desses direitos/normas jurídicas.

Não se pode olvidar que a *hermenêutica jurídica* é pedra de toque de agendas teóricas distintas e influi no comportamento das instituições e dos agentes do direito, bem como na prática real dos tribunais⁴⁹ (MACEDO JR., BARBIERI, 2011: 15-16), além de ter como missão prática criar condições para a decidibilidade dos conflitos, produzindo os códigos sobre o lícito/ilícito (FERRAZ JR., 2011: 117)⁵⁰.

No caso da interpretação das normas jurídicas por parte da Administração Pública, deve ser ressaltada a existência de conflito em torno da correta aplicação da norma e sobre a própria escolha da norma aplicável ao caso concreto, ainda que inexistente dissídio no âmbito fático. A necessidade de atenção ao princípio da legalidade, comumente invocada pela Administração, não possui o sentido único e absoluto pretendido (SALLES, 2011: 122-123).

Ademais, o conceito de conflito não parece fazer parte das preocupações do Direito Administrativo. Isso talvez porque a atuação administrativa normalmente é considerada na posição de supremacia em relação com os interesses dos particulares, sendo eventuais conflitos resolvidos internamente pela própria Administração, no exercício da autotutela, ou através de impugnação pelo cidadão, geralmente pela via judicial – o que coloca o Poder Judiciário no papel de simples solucionador de controvérsias e impede uma reflexão sobre as causas da conflituosidade administrativa e possíveis mecanismos de redução dessa litigiosidade (SALLES, 2011: 117-119).

Voltaremos adiante, com mais profundidade, a esse argumento do conflito hermenêutico, já com a abordagem do conflito em torno das normas e relações previdenciárias.

Os conflitos podem redundar em violência, em uma de suas várias formas: físicas, morais, psicológicas, simbólicas, sociais ou estruturais. Uma forma de violência não exclui outra e todas podem estar presentes em uma só situação. As violências são

⁴⁹ Segundo Adrian Vermeule, em pensamento explicitado por DIMOULIS (2011: 233), a interpretação jurídica é institucionalmente situada-determinada; não se deve cogitar sobre a interpretação em geral, mas sobre como determinado órgão deve realizá-la, quais procedimentos deve adotar de acordo com suas características institucionais. Essa sugestão é interessante e será retomada adiante, quando se analisar as diferentes formas de percepção e resolução do conflito previdenciário, pelos diversos órgãos estatais incumbidos disso.

⁵⁰ Sem olvidar, contudo, que a solução de justiça (ou solução mais justa) não corresponde, necessariamente, ao que está positivado nas normas jurídicas (FREITAS JR., 2009a: 189).

formas abusivas e injustas de poder, praticadas por instrumentos materiais, icônicos, retóricos ou persuasivos, acarretando limitação, constrangimento, dano físico, sexual, moral, psicológico, social ou político-econômico. Além disso, são influenciados pelos problemas estruturais como pobreza, violência estrutural e criminalidade, falta de acesso a serviços públicos e renda, clientelismo eleitoral (ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 21-24), elementos que afetam também os mecanismos de resolução dos conflitos.

É preciso salientar que os conflitos possuem muitas funções positivas: previnem a estagnação; estimulam interesse e curiosidade; constituem os meios pelos quais problemas podem ser aventados e solucionados; constituem a raiz da transformação pessoal e social. Conflitos são mecanismos de ajuste de normas, adequando-as às novas condições (DEUTSCH, 1973: 08-09).

Nas soluções de conflitos buscadas na perspectiva construtiva há comunicação aberta e honesta entre os participantes, diminuindo o nível de ruído e de incompreensão; encoraja-se o reconhecimento da legitimidade dos interesses e necessidades de cada lado, utilizando-se a força e recursos mútuos em prol dos objetivos comuns; adota-se atitude amigável e de confiança, pautadas pelos interesses comuns e no escopo de minimizar diferenças (DEUTSCH, 1973: 363).

Os conflitos, portanto, são componente básico do relacionamento humano e não situações essencialmente negativas, o que dependerá do modo como são gerenciados (ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 21). Mais do que solucionado ou composto, o conflito pode ser tido como oportunidade para evolução, aprendizado e crescimento (TARTUCE, 2008: 32-33). Em nossa pesquisa trabalharemos com essa perspectiva construtiva de conflito, conforme já salientado na Introdução ao trabalho.

A abordagem do conflito também é possível a partir da perspectiva luhmanniana, a qual é tangenciada nessa pesquisa de Doutorado. Preliminarmente ao conceito de conflito deve ser analisado o conceito de *contradição*.

Os *conflitos* ocorrem quando se contradiz uma comunicação ou quando se comunica uma contradição. Comunicam-se, no conflito, as expectativas e a não aceitação da comunicação – trata-se, portanto, de um processo de comunicação. A *contradição*, na

teoria sistêmica, é a situação de indecisão do sistema autopoético. Trata-se de uma indefinição do sistema, não da operação particular de comunicação. Bloqueia-se a observação da comunicação, mas não a evolução do sistema, pois através dos processos autopoieticos de cada subsistema social encontra-se a solução para o impasse. Não se trata de um processo lógico, mas autorreferencial, onde o sistema autopoietico absorve a contradição. As contradições, portanto, são oportunidades de morfogênese. (LUHMANN, 1998: 326-327, 350).

As *contradições* possibilitam a eliminação dos desvios dentro de um subsistema social, criando um *sistema de imunidade*, que não corresponde à correção das estruturas em crise ou restauração do *status quo*, mas à evolução dentro do próprio parâmetro do sistema (LUHMANN, 1998: 334).

Os sistemas sociais possuem margem natural de instabilidade e incerteza. Assim, as contradições são apenas disposições especiais de amplificação da insegurança, e portanto promotoras do movimento e desenvolvimento do sistema (LUHMANN, 1998:333).

Certos conflitos sequer seriam passíveis de solução definitiva. Relações continuativas produzem por vezes atritos constantes, que não podem ser extintos (objetivo a que se propõe o modelo judicial). Os impasses devem ser superados para que a relação continue (TARTUCE, 2008: 109).

No caso da teoria sistêmica, em particular, não se busca a “solução dos conflitos”, mas apenas seu condicionamento, o que se dá pela *restrição de meios*, como a proibição da utilização da violência física, e pelo *aumento da insegurança*, com a inclusão de terceiros imparciais para tratamento do conflito - como a decisão de conflitos através da via judicial ou pelas ADRs. A solução dos conflitos apenas aparece como produto secundário nessa tentativa de condicionamento (LUHMANN, 1998: 354-356).

Esse parece ser o caso das relações previdenciárias, que podemos classificar como continuativas, conforme exposto no próximo tópico. Por tudo isso, pensamos que é possível para o conflito previdenciário a abordagem construtiva, no lugar da perspectiva destrutiva, conforme exposição de MORTON DEUTSCH acima exposta. Exploraremos tal

viés no curso do presente trabalho, especialmente no tópico onde teremos a oportunidade de lançar os parâmetros para o adequado tratamento do conflito previdenciário.

2.1.2. Aproximação ao conceito de conflito previdenciário.

O conflito previdenciário se dá em torno da concessão de benefícios previdenciários ou assistenciais, assim como das pretensões de revisão/atualização dessas prestações. Podemos considerar como objeto de conflito tanto os benefícios previdenciários concedidos pelo Regime Geral de Previdência Social, voltados a todos os cidadãos brasileiros, como aqueles a cargo dos regimes próprios de previdência, destinados apenas aos servidores públicos.

Por opção metodológica subtraímos do objeto de estudo outras questões que tangenciam o Direito Previdenciário, como as questões de custeio da Seguridade Social, ou os crimes previdenciários, por se encontrarem muito mais ligados a outras áreas do ordenamento jurídico como o Direito Tributário e Financeiro, no caso daquelas, e do Direito Penal, para estas. A proposta desta pesquisa, como afirmado na Introdução, é a de examinar e delimitar o espaço reservado à interferência judicial na política pública previdenciária, bem como investigar a possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos em torno deste tema.

Optou-se por tratar em conjunto aos benefícios previdenciários o benefício de prestação continuada previsto no art. 203, inciso V⁵¹, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 8.472/93. Embora se trate de prestação assistencial, isto se justifica por vários motivos: a) compõe o panorama mais amplo da Seguridade Social; b) é gerido pelo INSS, o que envolve, em sua implementação e concessão, os mesmos problemas de interpretação/efetivação que indicaremos em relação aos *benefícios* (interpretação literal das normas; descaso com o cidadão, etc.); c) por vezes o benefício assistencial é concedido em ações judiciais que objetivam a concessão de um benefício previdenciário típico como um *minus* em relação àquele; d) já houve momentos em que o benefício assistencial esteve

⁵¹“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V - 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.”

previsto na própria legislação previdenciária, como era o caso da redação original do art. 139, da Lei 8.213/91⁵².

Não se abordará a resolução de conflitos envolvendo toda a Seguridade Social à medida que o campo da Saúde e os demais tipos de benefícios efetuados pela Assistência Social possuem um quadro bem diverso de judicialização e outras formas de custeio e financiamento, o que ampliaria em demasia o objeto desta tese.

Os benefícios previdenciários consistem nas diversas formas de prestações em torno de contingências sociais previstas normativamente, cuja finalidade é albergar determinado nível de proteção social aos segurados ou seus dependentes, através de prestações pecuniárias ou serviços, concedidos e implementados conforme as diversas previsões legais.

Consistem nas diversas modalidades de aposentadorias, serviços e auxílios: aposentadoria por tempo de contribuição; aposentadoria por idade; aposentadoria por invalidez; aposentadoria especial; auxílio-doença; pensão por morte, por exemplo⁵³.

⁵² “Art. 139. A Renda Mensal Vitalícia continuará integrando o elenco de benefícios da Previdência Social, até que seja regulamentado o inciso V do art. 203 da Constituição Federal.

§ 1º. A Renda Mensal Vitalícia será devida ao maior de 70 (setenta) anos de idade ou inválido que não exercer atividade remunerada, não auferir qualquer rendimento superior ao valor da sua renda mensal, não for mantido por pessoa de quem depende obrigatoriamente e não tiver outro meio de prover o próprio sustento, desde que:

I - tenha sido filiado à Previdência Social, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não;

II - tenha exercido atividade remunerada atualmente abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social, embora sem filiação a este ou à antiga Previdência Social Urbana ou Rural, no mínimo por 5(cinco) anos, consecutivos ou não; ou

III - se tenha filiado à antiga Previdência Social Urbana após completar 60 (sessenta) anos de idade, sem direito aos benefícios regulamentares.

§ 2º O valor da Renda Mensal Vitalícia, inclusive para as concedidas antes da entrada em vigor desta lei, será de 1 (um) salário mínimo.

§ 3º A Renda Mensal Vitalícia será devida a contar da apresentação do requerimento.

§ 4º A Renda Mensal Vitalícia não pode ser acumulada com qualquer espécie de benefício do Regime Geral de Previdência Social, ou da antiga Previdência Social Urbana ou Rural, ou de outro regime.”

⁵³ São as seguintes as prestações da Previdência Social a cargo do INSS:

“Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de contribuição; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente; (...) II - quanto ao dependente: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão; III - quanto ao segurado e dependente: (...) b) serviço social; c) reabilitação profissional”.

Os direitos previdenciários, em torno dos quais surge o conflito previdenciário, podem ser classificados como direitos fundamentais (SERAU JR., 2011), diante de sua previsão normativa no plano constitucional e sua íntima vinculação à proteção da dignidade da pessoa humana – conforme desenvolvido com mais profundidade no Capítulo 1.

A doutrina costuma destacar a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, em virtude da cobertura a situações de urgência social. Esse posicionamento é encampado em muitos julgados dos Tribunais Superiores brasileiros⁵⁴.

Através da lógica dos direitos fundamentais e da argumentação em torno do caráter alimentar dos benefícios previdenciários, verifica-se que o binômio *necessidade/urgência* é um dos elementos fundamentais da matéria previdenciária. Esse requisito é um dos mais relevantes a pontuar nossa pesquisa. Há um drama subjacente ao conflito previdenciário, judicializado ou não, que implica em consequências relevantes para a resolução adequada dessa modalidade de controvérsia:

“O objetivo fundamental de um sistema de segurança social é a proteção da pessoa agravada por uma contingência social adversa.

Essa condição adversa pode levar a pessoa a uma condição aviltante – pela ausência de recursos para autoprover-se, pela inexistência de

⁵⁴ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece há tempos o caráter alimentar das prestações previdenciárias, daí extraindo diversas consequências jurídicas e processuais. Os arestos abaixo dão conta de exemplificar essa afirmação:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEVOLUÇÃO. NATUREZA ALIMENTAR. IRREPETIBILIDADE.

1.- São irrepetíveis, quando percebidos de boa-fé, as prestações previdenciárias, em função da sua natureza alimentar. Precedentes. 2.- Agravo Regimental improvido.”

(AgRg no REsp 1350692/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 25/02/2013)

“AGRAVO REGIMENTAL. RITO DO ART. 543-C DO CPC. SOBRESTAMENTO DO FEITO NESTA INSTÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR. DEVOLUÇÃO DE VALORES. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. RESERVA DE PLENÁRIO, SÚMULA VINCULANTE N. 10 E PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. DESCABIMENTO. (...) 2. A revogação da antecipação assecuratória importa no dever de restituição das partes ao estado anterior, bem como na liquidação de eventuais prejuízos advindos da execução provisória, com efeito ex tunc, em razão do caráter precário imanente às decisões de natureza antecipatória. 3. A Terceira Seção, no entanto, restringiu a aplicação desse entendimento, assentando a compreensão de que, em se tratando de antecipação dos efeitos da tutela em ação de natureza previdenciária posteriormente cassada, o segurado não está obrigado a restituir os valores recebidos, em virtude do caráter alimentar do benefício. (...) 5. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 1139837/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 12/03/2013)

condições ou real liberdade para planejar e fazer de sua vida algo valioso, por ter de submeter-se a qualquer mecanismo de trabalho ou auxílio informal para suprir suas necessidades vitais e, finalmente, por ter reduzida sua autoconfiança, e saúde física e psicológica.

Em um estágio mais avançado, a concorrência de determinadas circunstâncias cujos efeitos são desfavoráveis ainda que evitáveis pode levar uma pessoa à morte – pela fome, pela subnutrição, pelo frio ou por uma morbidez desnecessária.” (SAVARIS, 2011: 229-230)

As relações previdenciárias, objeto do conflito aqui estudado, podem ser definidas como relações continuadas, tendo em vista o longo tempo de custeio necessário à obtenção de algum benefício previdenciário⁵⁵ e também o prolongar-se no tempo do pagamento das prestações previdenciárias: após ocorrer a aposentadoria, não é raro que o beneficiário o receba por mais uns 20 anos e, após seu óbito, desdobrar-se em pensões por morte pagas por mais 10, 15 anos aos dependentes.

Ademais, o Direito Previdenciário é todo voltado para o futuro e as relações sociais e jurídicas que se constituirão em futuro próximo e mediato (distante ou não). Lida com o tempo e as projeções sobre expectativas e contingências que poderão ou não vir a ocorrer. Enfim, tudo isso a reforçar a concepção de que as relações jurídico-previdenciárias compõem o quadro das relações continuadas, diferindo-se das relações episódias ou eventuais.

O conflito previdenciário se dá com a contraposição de comportamentos opostos em relação ao modo, critérios e exigências para concessão de benefícios previdenciários e assistencial. De modo mais amplo, trata-se de conflito relativo à divergência quanto à própria concepção de cobertura previdenciária a ser adotada no Direito brasileiro. Esse tema será retomado adiante, quando falarmos das duas pautas que compõem o conflito previdenciário.

⁵⁵ Por exemplo a necessidade de 35 anos para a concessão de aposentadoria por idade ao homem, ou 25 anos para a obtenção da maior parte dos casos de aposentadoria especial. A perspectiva mundial é de aumento para patamares como 40 ou 45 anos de contribuição para obtenção desse tipo de benefício.

2.2. Atores do conflito previdenciário.

A condição de figurar como parte⁵⁶ em determinado conflito ou mecanismo de resolução consensual de conflito é sempre *contextual*. Conforme ZAPPAROLLI (2012: 27), deve-se considerar não somente a presença do sujeito na relação em conflito, mas a natureza do conflito; suas dimensões e a dimensão que será efetivamente tratada; o instrumental e a metodologia que serão escolhidos como mais adequados ao tratamento do conflito, em concreto; o espaço e os atores que os executarão, além de eventuais fatores de risco, como catástrofes naturais ou violências sociais.

Serão as características das partes em conflito (ideologias, personalidades, posição social, recursos pessoais, estimativa de sucesso no pleito) que determinarão se o conflito tomará um curso destrutivo ou construtivo-cooperativo (DEUTSCH, 1973: 373-376).

O conflito previdenciário é uma modalidade de controvérsia em torno das políticas públicas previdenciárias. Assim, os dois principais atores desse cenário, sem prejuízo de outros atores sociais⁵⁷ que possam atuar e interferir, são os *segurados*, considerada essa categoria de modo bastante amplo (seus dependentes, aqueles já aposentados, aqueles que visam essa condição, as pessoas excluídas da condição de segurado, etc.) e o INSS, órgão gestor da política pública previdenciária, responsável pela implementação e pagamento dos benefícios previdenciários. Analisaremos cada um destes atores, separadamente, nos tópicos seguintes.

⁵⁶ “Parte” será também aquele que estiver envolvido na participação da resolução consensual do conflito, como aqueles terceiros imparciais eventualmente envolvidos nas ADRs, diferentemente do que ocorre na solução judicial (ZAPPAROLLI, 2012: 31), onde o julgador é, em tese, imparcial ao conflito que decide.

⁵⁷ Há proposições acerca da litigiosidade previdenciária, em perspectiva estritamente processual, que identificam outros atores relevantes nessa modalidade de controvérsia que não apenas as figuras do segurado e do INSS: “...os cidadãos como beneficiários e demandantes judiciais; o Estado como legislador, regulador, gestor do sistema previdenciário e julgador administrativo e judicial dos conflitos que lhe são submetidos; o mercado e o empresariado como financiadores, ao lado do Estado e do sistema previdenciário, e desencadeadores da maior ou menor procura pelos respectivos benefícios; a comunidade científica no subsídio das teses jurídicas e de hermenêutica legislativa que fundamentam demandas judiciais; os advogados e a mídia como polos de disseminação de informação e de catálise de litígios, entre outros atores eventualmente envolvidos” (GABBAY; CUNHA, 2013: 53; no mesmo sentido: BOCHENEK, 2013: 266-268, que também destaca a própria simplificação dos mecanismos de acesso à justiça, com a criação dos Juizados Especiais Federais, como um dos fatores de aumento da litigiosidade previdenciária).

2.2.1. Atores do conflito previdenciário: os beneficiários da Previdência Social.

O primeiro ator do conflito previdenciário é o cidadão/segurado, capaz de identificar seus direitos previdenciários, a violação ou ameaça dos mesmos, bem como aquele que se articula para postular novos direitos previdenciários em relação aos quais possui expectativas e pretensões – normalmente canalizadas para o sistema judicial, diante da prestação insatisfatória/diversa do pretendido por parte da esfera administrativa.

Os beneficiários da Previdência Social, nos termos do art. 10, da Lei 8.213, de 24.07.1991, são os segurados e dependentes. Os segurados, por sua vez, encontram-se definidos no art. 11, do mesmo diploma legal⁵⁸.

Apenas um terço da população economicamente ativa está formalmente resguardada pelo RGPS. Essa discrepância é um dos mais relevantes fatores de litigiosidade previdenciária: a disparidade entre o contexto econômico-populacional e a baixa inserção formal dessa mesma população no regime previdenciário enseja uma grande variedade de ações judiciais que buscam enquadrar nos permissivos legais diversas pessoas que, para os controles da Previdência, não estão regularmente inseridos no sistema previdenciário (ALVES, 2012: 19-20).

Sem adentrar em qualquer espécie de paternalismo, vislumbra-se situação de fragilidade e hipossuficiência do segurado comparativamente à instituição previdenciária⁵⁹. Segundo SAVARIS (2014: 55-56), que adota perspectiva processual que pode ser aproveitada por nós sem nenhum prejuízo:

“O autor de uma ação previdenciária é presumivelmente hipossuficiente. Trata-se de uma hipossuficiência econômica e informacional, assim

⁵⁸ São segurados obrigatórios da Previdência Social, nos termos do artigo 11 da Lei 8.213/91, as seguintes pessoas físicas: o empregado, em suas várias modalidades (inciso I); o empregado doméstico (inciso II); o contribuinte individual, dentre outras figuras o pequeno produtor rural (inciso V); o trabalhador avulso, isto é, aquele que presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviço de natureza urbana ou rural definidos no Regulamento (inciso VI) e o segurado especial (inciso VII), quer dizer, a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, exerce atividade rural. Ainda há o segurado facultativo (artigo 13, do mesmo diploma legal), que consiste no maior de 14 (quatorze) anos que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, espontaneamente e mediante recolhimento de contribuição previdenciária.

⁵⁹ Em que pese inexistir relação necessária entre contingência social e estado de necessidade (LEITÃO, 2012: 62-63).

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

Os segurados enquadram-se em um aspecto que FERNANDA TARTUCE (2014: 110-115) define como *vulnerabilidade processual*, em virtude do desconhecimento dos aspectos técnicos do processo, além de ter origem econômica, de saúde, informacional, inclusive no que concerne à falta de acesso e/ou dificuldade de utilização dos meios eletrônicos de comunicação.

Essa situação de hipossuficiência econômica e informacional parece ser agravada no caso dos trabalhadores rurais, onde prevalece a inexistência de registro formal da atividade laboral prestada e de documentação sobre uma série de circunstâncias referentes à vida dos campesinos⁶⁰, além do desconhecimento sobre os próprios direitos previdenciários, com forte impacto negativo no exercício desses direitos (BERWANGER, 2010: 86, 90-93). No geral, prevalecem relações sociais baseadas no favor e na gratidão - ao invés de relações contratuais/jurídicas -, um verdadeiro direito costumeiro que é resquício de fragmentos esparsos das ordenações medievais (MOURA, 1991: 13-15).

O perfil processual daqueles que buscam um benefício previdenciário ou assistencial indica: a) equilíbrio entre os sexos, com ligeira prevalência de mulheres; b) idade média de 52,4 anos, sendo que no geral são adultos entre 46 a 60 anos; c) baixa renda

⁶⁰ JANE BERWANGER (2014: 263-264) destaca que muitas vezes o rurícola é registrado no Cartório de Registro de Pessoas Naturais somente muitos anos depois do efetivo nascimento; relembra a costumeira falta de documentos das mulheres e a ausência geral de contratos formais de trabalho.

e escolaridade precária, revelando que não possuem as informações necessárias sobre seus direitos ou para o exercício de seus direitos, judicial ou não (CJF, 2012: 95-99)⁶¹⁶².

Ainda quanto ao perfil processual deste ator do conflito previdenciário, pode-se acrescentar a *percepção* de juízes, serventuários da justiça e Procuradores do INSS de que os segurados são usualmente mal representados no âmbito processual, contratando advogados de baixa qualidade profissional (CJF, 2012: 102-103; SAVARIS, 2014: 56).

SAVARIS (2014: 56) aponta também a dificuldade de comunicação dos que buscam um benefício previdenciário ou assistencial com os profissionais do Direito a quem se dirigem (seja ao próprio advogado, seja aos magistrados e serventuários da justiça), bem como a compreensão dificultosa do que se passa no âmbito do processo administrativo. A dificuldade de comunicação se faz presente especialmente nos Juizados Especiais Federais, onde a parte pode ingressar sem a assistência de advogado.

Embora tenhamos colocado como premissa dessa pesquisa que não se limitaria ao viés processual do conflito previdenciário, devemos ressaltar aqui que não há maiores pesquisas a respeito do perfil do cidadão enquanto um dos atores do conflito previdenciário, motivo pelo qual nos valem, por aproximação, de seu perfil processual para análise de sua posição.

2.2.2. Atores do conflito previdenciário: o INSS.

O segundo ator do conflito previdenciário é o INSS. Conforme indicamos antes, o INSS é o órgão responsável pela política pública previdenciária, nos termos da Lei 8.029, de 12.04.1990, que fundiu o Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS, com o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS. Também é o órgão público gestor do benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 8.742/93.

⁶¹ Tais dados foram obtidos em pesquisa nacional realizada pelo Conselho da Justiça Federal em relação aos Juizados Especiais Federais. Contudo, pensamos possam ser aproveitados sem prejuízo também para os usuários da Justiça Federal comum em busca de benefícios previdenciários.

⁶² Um dado geral relevante, que não é específico das ações previdenciárias, mas de todo o panorama de acesso à justiça, é um elemento estatístico colhido de pesquisa patrocinada pelo CNJ: o conhecimento institucional a respeito do Poder Judiciário e das regras processuais acompanha diretamente o rendimento médio e o grau de escolaridade do cidadão (CNJ, 2011: 29-32).

A partir da edição da Lei 11.457, de 2007, o INSS deixou de ser o órgão responsável pela arrecadação e toda a administração tributária das contribuições previdenciárias, que restaram a cargo da Secretaria da Receita Federal do Brasil, responsável por todo o demais quadro tributário federal. Este é outro elemento que auxilia a configurar o conflito previdenciário unicamente na questão de concessão e revisão de benefícios.

No que concerne à gestão da política pública previdenciária, é atribuição do INSS não somente o pagamento e implementação de prestações e serviços previdenciários, mas toda a tarefa de gestão de conhecimento, regulamentação infralegal da política previdenciária, etc.

Mais importante do que verificar o simples elenco de atribuições administrativas do INSS é o exame crítico de sua atuação, justamente um dos pontos fulcrais do que denominamos conflito previdenciário. Passemos a isso.

O INSS, como parte da Administração Pública brasileira, caracteriza-se por uma visão eminentemente *burocrática* de sua atuação e é permeada pelo *autoritarismo* que, conforme ampla literatura, é inerente à sociedade brasileira⁶³.

A conformação burocrático-autoritária, cujo tom é de repressão às demandas populares, sobretudo no que diz respeito à justiça social e seus anseios de participação, é pautada por um viés anti-democrático e conservador⁶⁴. Além disso, o referido autoritarismo apresenta uma *causalidade circular*: as tendências autoritárias do sistema político-administrativo influenciam a presença do autoritarismo no seio da própria

⁶³ A respeito da configuração autoritária da sociedade brasileira, característica que apresenta inequívocos reflexos no modo de condução da resolução dos conflitos que aqui se constituem, veja-se, dentre outros: SCHWARTZMAN, 1982; JAGUARIBE, 1985; AZEVEDO AMARAL (1938), que defende a impossibilidade de um modelo democrático na realidade brasileira e, portanto, a necessidade de um poder centralizado; AMARAL VIEIRA (1975), destacando o autoritarismo no campo econômico; SANTOS (1978), que examina o viés autoritário na esfera política; VIEIRA (1988), que trabalha o autoritarismo militar; VILLA (2011), tratando da pretensão de duzentos anos de constitucionalismo brasileiro de enfrentar o autoritarismo político; HUNTINGTON (1978), cujo estudo defende a debilidade das instituições políticas nas sociedades em processo de modernização, a exigir a constituição de governos fortes e mesmo autoritários. Especificamente quanto à predominância da cultura burocrática do INSS, alheia ao efetivo controle cidadão, veja-se: DEMO (1983).

⁶⁴ Parte da literatura também identifica que o “estado de exceção”, o desvio em relação ao Estado de Direito, seriam constantes em nossas instituições político-jurídicas (VIEIRA, 1988: 42, 70-71, 99-100).

sociedade civil; reduzem-se no âmbito social quando forem refreadas no âmbito do Poder Público, e vice-versa (JAGUARIBE, 1985: 09, 20-26, 49-50).

O autoritarismo brasileiro é ainda atrelado ao *patrimonialismo* (considerado aqui como a ausência de fronteiras entre o público e o privado), acarretando reduzida capacidade social de articulação e representação de interesses em um contexto de concentração excessiva de poder nas mãos do Estado. A estrutura governamental forte antecede a mobilização política dos grupos sociais. A Administração Pública passa a ser um fim em si mesma, não um mecanismo teleológico de prestação de respostas eficientes às demandas sociais (SCHWARTZMAN, 1982: 21-24, 43).

Esse quadro, que a Ciência Política indica como característico do processo político-administrativo brasileiro, não é estranho ao funcionamento da política pública previdenciária. Segundo TAMBURI (1986: 102-103), o histórico de má administração previdenciária e sua crônica ineficiência, em toda a América Latina, decorrem da herança colonial e de outras influências culturais daí derivadas. A administração das políticas sociais reflete o ambiente e incorpora os valores inerentes à sociedade.

Do ponto de vista do atendimento ao cidadão é unânime a voz que afirma a necessidade de melhoria na prestação do serviço público previdenciário ao geral da população (LEITE, 1981: 94-95; TRICHES, 2012: 122-127), em que pesem os grandes avanços obtidos, especialmente no último decênio.

A atuação administrativa do INSS é um dos principais fatores de causalidade do conflito previdenciário, pois é pautada nos princípios da legalidade estrita, sendo vista por muitos como excessivamente burocrática e rígida, em especial no que se refere à avaliação da prova trazida pelo interessado. Sua conduta pode ser decomposta em três vertentes distintas e que operam em conjunto: a) práticas gerenciais inadequadas; b) criação/modificação de políticas públicas; c) regulação das relações público-privadas (GABBAY; CUNHA, 2013: 28, 77).

Verifica-se claro distanciamento entre os atos administrativos e regulamentares emanados da autarquia previdenciária e a jurisprudência consolidada dos

Tribunais Superiores⁶⁵, além de uma cultura de indeferimento nos processos administrativos previdenciários e subjetivismo acentuado em sua apreciação, possivelmente derivada da necessidade de cumprimento de metas administrativas impostas aos servidores, pelo receio do servidor de conceder indevidamente benefícios, submetendo-se a auditorias e processos administrativos internos do INSS, ou até mesmo pela falta de conhecimento da legislação⁶⁶ e baixa capacitação dos servidores⁶⁷ (TRICHES, 2012: 110-117; ALVES, 2012: 20-23).

Muitas vezes a relação de confiança entre o INSS e o segurado/cidadão é abalada ou posta em xeque: “o que se repara é que o cidadão, ao procurar o Estado, acaba saindo com mais dúvidas do que quando entrou, ferindo assim o aspecto de confiança que este detinha para com aquele. Por exemplo, não raro é um segurado procurar uma agência da Previdência Social e desconfiar da informação que está recebendo de algum servidor, vindo a ter que procurar outras fontes de informação para ratificar aquela anteriormente fornecida” (WALDRICH, 2014: 90). Nessa toada, pesquisa empírica realizada nos Estados do Sul do Brasil revela a existência de verdadeiro “problema de relacionamento” entre servidores do INSS e os representantes dos segurados (TRICHES, MAUSS, 2014: 11-12).

Propicia-se verdadeiro desgaste entre o INSS e mesmo a AGU perante o Poder Judiciário - que rotineiramente aponta as falhas da administração previdenciária - e a própria população (ALVES, 2012: 16).

⁶⁵ No ponto, WALDRICH (2014: 97-99) alerta para o dever de alinhamento do posicionamento da Administração Pública (INSS) ao entendimento consagrado na jurisprudência como fator de redução das demandas judiciais. Conforme MANCUSO (2009: 459), à medida que todos os poderes da República encontram-se jungidos sob o objetivo comum da boa gestão da coisa pública, as decisões dos Tribunais de cúpula poderiam ter sua eficácia incidindo não somente sobre os processos judiciais, mas também sob a própria Administração Pública, o que reduziria a litigância judicial. No mesmo sentido: SAVARIS, 2014: 146-153.

⁶⁶ Pesquisa empírica realizada nos Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina revelou que os servidores do INSS creditam como uma das dificuldades de seu trabalho a postulação, na via administrativa, de pedidos de benefícios previdenciários “fora do que está previsto em regulamento”, o que revela desconhecimento acerca das regras jurídicas e intensa defasagem da regulamentação interna comparativamente com a realidade legislativa e jurisprudencial pátria.

⁶⁷ ADLER ALVES (2012: 23) descreve bem esse cenário de insuficiência administrativa da autarquia previdenciária: “Os trabalhos estão concentrados numa equipe gerencial reduzida que fica responsável pela coordenação de muitos processos. As equipes executoras não têm condições de absorver a demanda a elas dirigidas, pois não têm número de funcionários compatível com a necessidade de atendimento a ser realizada. A situação vem sendo atenuada com a informatização de alguns processos que, no entanto, não resolve o problema por completo, pois a análise dos direitos e o atendimento à população exigem servidores qualificados. Faltam política de capacitação em legislação previdenciária, procedimentos operacionais e sistemas corporativos e em microinformática para os servidores da área de execução das Unidades de Atendimento da Previdência Social”.

De outra parte, deficiências estruturais e excesso de demanda produzem tempo de resposta pela autarquia previdenciária nem sempre condizente com a urgência inerente aos benefícios previdenciários⁶⁸ (GABBAY, CUNHA, 2013: 77-78). Uma série de ações gerenciais realizadas nos últimos anos ensejou melhoria na eficiência do serviço prestado pela autarquia previdenciária, mas é notável que se privilegia a rapidez da decisão em detrimento da qualidade da análise e condução do processo administrativo (TRICHES, MAUSS, 2014: 31).

No tocante à realização das perícias médicas, aspecto muito importante na área previdenciária, visto que parcela expressiva dos benefícios previdenciários implementados decorrem de incapacidade laboral (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente), não é incomum a situação abusiva aqui aludida⁶⁹. No mínimo uma situação de preconceito estrutural, pautada por “uma pré compreensão equivocada e deturpadora das relações havidas entre médicos e segurados: os primeiros, mesmo subconscientemente, prejudgam os segundos como falsificadores da realidade, aumentando as doenças e seus sintomas” (CAETANO COSTA, 2013a: 210):

“O perito imuniza-se da interferência que as informações do periciando lhe traz, formando sua convicção mais pela aparência física deste, somente para citar o exemplo mais comum, acreditando que suas “queixas” somente buscam o benefício pleiteado. Caso ilustrativo é o das doenças por esforços repetitivos (LER/DORT), ou das doenças de origem psíquica. Em ambos os casos, aparentemente, os sujeitos que buscam algum benefício possuem boa aparência, devidamente higienizados, locomovem-se normalmente, mas não conseguem sequer realizar os mezinhos trabalhos domésticos. É desnecessário dizer qual será o resultado de seus pleitos, quando utilizada a concepção ora vigente. (...) A busca gnosiológica é das simulações e dissimulações que os periciandos apresentam.”
(CAETANO COSTA, 2013a: 224-225)

Também deve ser assinalada a grande discrepância entre agências do INSS, da mesma região ou dotadas das mesmas características econômicas e populacionais, em

⁶⁸ De modo geral, diante da complexidade da vida contemporânea, a intrincada estrutura da Administração Pública opera em contexto de recursos escassos, gerando soluções administrativas sempre insuficientes e bolsões de insatisfação (MANCUSO, 2012: 140).

⁶⁹ É claro que se pode encontrar razões estruturais para tanto: “a) falta de um número de peritos suficientes para dar conta da enorme demanda existente; b) a falta de médicos de médicos especialistas em várias áreas desse saber, tais como psiquiatras, oftalmologistas, neurologistas, somente para citarmos algumas áreas problemáticas” (CAETANO COSTA, 2013a: 210).

relação aos índices de indeferimento da concessão de benefícios previdenciários (ALVES 2012).

SAVARIS (2014: 147) entende que a Administração Previdenciária adota um caminho paralelo àquele assegurado pelas normas jurídicas que impõem a legalidade e moralidade administrativas, sumariando as principais hipóteses de descaso do INSS para com o cidadão/segurado:

- “i) nas notórias recusas injustificadas de protocolo de requerimento administrativo, a despeito do direito constitucional de petição (CF/88, art. 5º, XXXIV, ‘a’);
- ii) nos indeferimentos sumários e desmotivados, sem embargo da determinação constitucional de fundamentação das decisões (CF/88, art. 93, IX), norma esta reafirmada pelo art. 50 da Lei 9.784/99;
- iii) quando não informa aos segurados e dependentes acerca de seus direitos – para a insuficiência senão inexistência do serviço social de esclarecimento ‘junto aos beneficiários (de) seus direitos sociais e os meios de exercê-los’ e de estabelecimento conjunto do processo de solução dos problemas que emergirem da relação dos beneficiários com a Previdência Social (Lei 8.213/91, art. 88);
- iv) na ausência de um desenvolvimento válido do processo administrativo, seja em razão da não realização da justificação administrativa quando a entidade reputa insuficiente a prova documental oferecida pelo segurado (Lei 8.213/91, art. 108), seja pela falta de espaço para este comprovar seu direito por meio de todas as provas admitidas em direito (Lei 9.784/99).”

Por todos estes fatores, é encontrado um índice de indeferimento de benefícios, em proporção aos benefícios requeridos, em uma *média nacional de 46, 58%* (ALVES, 2012: 29).

Entretanto, agravando esse dado numérico, é constatada variação entre Unidades do INSS existentes em uma mesma microrregião, ou de uma mesma mesoregião, apesar da similaridade demográfica e econômica, com apresentação de dados sensivelmente díspares. Isto indica subjetivação excessiva na análise dos benefícios previdenciários – excesso de discricionariedade atribuído ao servidor responsável pela análise do processo (ALVES, 2012: 29).

De outro giro, o INSS é visto socialmente como instrumento incapaz de cumprir integralmente o seu papel de criação de proteção social e solidariedade, pois o valor dos benefícios é muito baixo⁷⁰ (JARDIM, 2009: 51).

Diante destes fatores que indicamos acima, cria-se uma consciência de que a autarquia previdenciária é apenas um óbice na obtenção de uma prestação da Seguridade Social, e que o problema será resolvido no Poder Judiciário, ensejando uma situação em que o indivíduo almeja na esfera administrativa apenas o rápido indeferimento de seu pedido administrativo, de sorte a poder ingressar em juízo – prévio requerimento administrativo como condição de ação processual (SAVARIS, 2014: 147-148).

Especificamente quanto à sua atuação judicial, o INSS adota postura de excessiva litigância e recorribilidade⁷¹, sendo historicamente refratário à realização de acordos (GABBAY; CUNHA, 2013: 57-58, 85) – embora seja certo que essa postura passe por revisão⁷².

Quanto à esfera eminentemente processual, deve-se pontuar que o INSS é dotado de diversas prerrogativas processuais: prazos em dobro e com contagem diferenciada; sujeição das sentenças que lhe são desfavoráveis ao reexame necessário; dificuldades ou restrições para concessão de tutela antecipada em seu desfavor; pagamento de suas obrigações somente através de expedição de precatórios ou de ofícios requisitórios de pequeno valor⁷³.

⁷⁰ Com a consequência de a crença social na solidariedade dos fundos de pensão ter sido significativamente aceita nos setores sindicais e mesma na sociedade civil, passando do ilegítimo para o *espaço do legítimo* (JARDIM, 2009: 51). Não analisaremos, por falta de espaço e certa dissonância do objeto desta Tese, os conflitos envolvendo as relações previdenciárias em torno da Previdência Complementar.

⁷¹ No ponto, WALDRICH (2014: 99-103) defende que o dever de boa-fé do INSS em juízo deveria levar a que a Procuradoria Federal Especializada não exercesse a função de defesa de todos os atos praticados pelo INSS, mas sim tentasse corrigi-los, especialmente à luz das imposições constitucionais em matéria previdenciária. No mesmo rumo, MANCUSO (2009: 204, 207) defende a possibilidade da Fazenda Pública renunciar à defesa judicial de seu interesse (quando secundário, não primário, isto é, diverso do interesse público/social) quando a decisão esteja amparada em precedentes vinculantes do STF e STJ.

⁷² Dentro da própria Procuradoria do INSS há correntes que defendem que a atuação judicial deveria ser limitada aos feitos de maior relevância ou de maior interesse público, desonerando-se a defesa judicial nos casos em que esta não se mostre útil ou efetiva, como nos casos com entendimento já sedimentado nos tribunais superiores (PEZZI, 2012: 136-137).

⁷³ Matérias previstas, respectivamente, nos artigos 188, 475, 273 e 730, do Código de Processo Civil de 1973, e 100, da Constituição Federal. É claro que parte dessas prerrogativas processuais já foram mitigadas, especialmente no rito dos Juizados Especiais Federais – Lei 10.259/2001.

Estes fatores que acabamos de indicar demonstram as dificuldades em torno da solução do conflito previdenciário, pela via judicial ou através de métodos consensuais, sem profundas alterações de dispositivos processuais e de normas administrativas, além da superação da cultura burocrática, ainda tributária do autoritarismo. Em um país onde a característica histórica possui raiz autoritária, mesmo em tempos democráticos há dificuldade de admitir, sem reservas, os mecanismos consensuais de resolução de conflitos em relação ao que envolve o Poder Público.

Deve-se ponderar, igualmente, os riscos e vantagens em remeter todas as questões previdenciárias a formas administrativas de soluções e, pelos mesmos motivos, diminuir o papel do Poder Judiciário, ainda que este seja uma arena muito imperfeita de resolução de conflitos, como veremos adiante. Sublinhe-se, também, a necessidade de assegurar um equilíbrio substantivo entre as partes, no âmbito processual ou extrajudicial de resolução do conflito previdenciário. Todos estes pontos, porém, serão discutidos no momento oportuno.

2.2.3. Assimetrias.

As partes em conflito, na questão previdenciária, possuem uma significativa assimetria. Isso influencia notavelmente o desdobramento e as formas de resolução do conflito previdenciário, pela via judicial ou pelos mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias.

No campo do conflito previdenciário pode-se utilizar com grande proveito o argumento desenvolvido nos anos 1970 por MARC GALANTER a respeito da diferença de utilização do sistema judicial pelos litigantes habituais e litigantes eventuais – sempre com a ressalva de que não se trata de uma perspectiva unicamente processual do conflito previdenciário, embora não se descarte algumas percepções desse campo.

Conforme a concepção desse autor (GALANTER, 1975), litigantes eventuais (*one shotters*) são os atores que recorrem apenas ocasionalmente aos Tribunais, com interesse pessoal, de grande importância, envolvido na causa. Por vezes suas pretensões são tão insignificantes financeiramente que os custos de submetê-las em juízo superam qualquer expectativa de benefícios.

Litigantes habituais (*repeat players*), por sua vez, são aqueles atores que se envolvem em vários litígios de natureza semelhante ao longo do tempo. Normalmente são indivíduos ou organizações de maior porte, cujos interesses em cada caso isolado são proporcionalmente menores em comparação com os litigantes eventuais, pois protege seus interesses a longo prazo, no conjunto das demandas que disputa.

As principais características que GALANTER avança para os litigantes habituais (*repeat players*) contribuem a bem delinear as diferenças entre estes e os litigantes eventuais, bem ilustrando a assimetria de condições (processuais ou não) entre estes atores dos conflitos:

- a) Possuem conhecimento prévio que os permite estruturar as próximas atuações, contruir um acervo de conhecimento;
- b) São dotados de experiência técnica, possuem amplo acesso a especialistas, contratados sob a perspectiva da economia de escala, proporcionando pequeno custo marginal para quaisquer casos novos;
- c) A litigância habitual proporciona relações informais favoráveis com os demais agentes institucionais, do Poder Judiciário ou através da prática de *lobby*;
- d) Possuem facilidade de jogar com probabilidades, em larga escala, de vitórias judiciais, o que ocorre de modo inverso com os litigantes eventuais, que são obrigados a adotar estratégia de minimizar a probabilidade de perda máxima;
- e) Apresentam preocupação com a formação de precedentes judiciais e sua influência em casos futuros (perda ou ganho normativo);
- f) Com base na experiência acumulada, tem capacidade de discernir quais normas “penetram” na sociedade e quais não obtêm essa qualidade; possuem maiores recursos para mobilizar, assegurando a penetração das normas jurídicas de seus interesses.

Essa arguta análise, que já constitui um elemento clássico nos estudos do Direito Processual Civil, no campo do acesso à justiça e das *ADRs*, pode ser utilizada, sem prejuízo, ao objeto de estudo perseguido nesta tese.

FRIEDMAN (1984: 265) aponta que a questão do acesso à justiça, quando se refere à situação do cidadão comum litigando contra grandes instituições ou mesmo contra o Estado deve ser pensada de modo específico, especialmente diante das assimetrias que se apresentam: a extensa burocracia, a discricionariedade do administrador, as cláusulas de não-responsabilidade, dentre outras.

Nesse campo das assimetrias, ainda podemos indicar que os bancos de dados do INSS (CNIS, PLENUS, SUB) são compartilhados com os órgãos judiciários e por estes utilizados rotineiramente no exercício da prestação jurisdicional, o que em alguma medida afeta a imparcialidade do juízo (CJF, 2012: 67-69).

No caso do conflito previdenciário, deve-se atentar para sua configuração que polariza um lado (segurados e dependentes) dotado de profundas carências sócio-econômicas e outro (INSS), dotado de inúmeras prerrogativas processuais e limitações/restrições administrativas, características já demonstradas anteriormente.

Não se pode ignorar que eventuais soluções consensuais em matéria previdenciária passam por lidar com um dos polos do conflito (INSS) que, ademais de preso a entraves legais e burocráticos, verdadeiras restrições internas à prática da resolução amigável de conflitos (GARCIA, 2014: 299-300), não possui cultura conciliatória, mas postura radicalmente contrária, a lucrar com a demora judicial (SERAU JR., 2012: 117-124).

No que diz respeito às ações previdenciárias que tramitam perante os JEFs, deve-se assinalar assimetria processual específica, pois em muitos casos (até o limite de quarenta salários-mínimos) os segurados podem ajuizar seus processos desassistidos de advogado, o que enseja nítida disparidade entre os litigantes, pois do lado oposto a autarquia previdenciária conta com especializado e competente quadro de Procuradores Federais (BEZERRA, TARTUCE, 2014: 110-112).

Além dessas assimetrias mais conhecidas, de ordem processual, possuem papel ainda mais relevante no exame do conflito previdenciário as assimetrias de ordem político-sociológica.

Os destituídos acabam promovendo um ajuste psicológico e condicionamento ou adaptação mental às privações persistentes, adequando seus ideais e expectativas a seu nível de privação, deixando de exigir mudanças radicais, pois nenhuma ambição é considerada exequível (SEN, 2012: 89-95). É óbvio que a necessidade econômica que atinge boa parte dos segurados da previdência afeta o modo de desdobramento do conflito previdenciário, seja ele na esfera judicial ou através de meios compositivos.

Uma assimetria bastante específica do conflito previdenciário é a classificação dos agentes em conflito como *decisores* e *afetados* (CAMPILONGO, 2012: 118-119). O INSS é uma das principais fontes de *decisão* ou criação jurídica de normas previdenciárias; os segurados, por sua vez, são aqueles diretamente *afetados* por tais decisões. Esse elemento, até mais do que as assimetrias de ordem processual, revela a dificuldade de realização de soluções consensuais/extrajudiciais para o conflito previdenciário. O agigantamento da Seguridade Social, sua enorme máquina administrativa e a complexidade crescente da legislação definidora dos direitos previdenciários, produzem um certo distanciamento de tipo burocrático no relacionamento com os segurados (NEVES, 1993: 128-130).

O Poder Judiciário, por não ocupar nenhuma dessas posições (*decisor* ou *afetado*), sendo apenas terceiro imparcial e desinteressado, que fundamenta tecnicamente as decisões quanto às pretensões talvez seja capaz de promover a variabilidade do sistema jurídico (CAMPILONGO, 2012: 118-119)⁷⁴.

Sob outro ângulo, e renovando essa discussão sobre as assimetrias, FREITAS JR. (2009a: 191-192) expõe que a igualdade conceitual é inatingível, especialmente em uma sociedade como a nossa, capitalista, que se pauta pela produção e reprodução de desigualdades. Além disso, o processo civil e o Poder Judiciário não são constituídos tampouco aparelhados suficientemente para a produção de igualdade material

⁷⁴ Paradoxalmente, esse tipo de conflito relativo a questões de natureza distributiva (mais ou menos investimento em determinada política pública) tem grande possibilidade de negociação e compromisso. Justamente em razão da complexidade da questão (número de envolvidos, questões orçamentárias, impacto midiático, etc.), algo que refoge à metodologia tradicional de resolução de conflitos (judicial), essa litigância estratégica é mais suscetível à prática do acordo (CAMPILONGO, 2012: 117).

entre os sujeitos. Assim, as ADRS devem ser vistas não como instrumento de acentuação das assimetrias e desigualdades, mas ao contrário, como estratégia de *diversificação dos mecanismos de solução de controvérsia*, os quais poderiam nivelar ou equilibrar os protagonistas do conflito através de técnicas de *empoderamento* praticadas pelo mediador/conciliador.

2.3. Multiplicidade de controvérsias e demandas.

Outra característica significativa do *conflito previdenciário* é o enorme potencial de multiplicação das situações conflituosas e, por conseguinte, da elevação do contingente de ações judiciais previdenciárias. Esta característica não parece estar presente, nessa dimensão e amplitude, nos conflitos em torno de outras políticas públicas, como questões de reforma agrária ou de acesso à educação, por exemplo, presentes em muito menor número de processos no Poder Judiciário.

O ato de indeferimento do benefício previdenciário é parte de um fenômeno social de massa e sua repetição configura um *interesse individual homogêneo*, pois centenas ou milhares de segurados se encontram na mesma situação (MORAES, 2013: 58).

A legislação previdenciária, de aplicação nacional, ao merecer uma interpretação jurídica, da parte do INSS, que é objeto de crítica por segurados e pensionistas em todo o território nacional, por vezes acentuadas pelas diversidades regionais, produz incontáveis situações conflituosas relativas aos mesmos objetos jurídicos, resultando na soma de milhares de processos em trâmite e o potencial/possibilidade de inúmeros outros. Sobretudo porque a via judicial normalmente utilizada é a das demandas individuais (GABBAY; CUNHA, 2013: 54), o que só multiplica a explosão de litigiosidade dessa espécie de conflito.

Ressalte-se que as demandas repetitivas não abrangem somente aquelas que a doutrina costuma denominar de ações envolvendo matéria exclusivamente de direito, mas também apanha aqueles processos judiciais que envolvam também fatos e sua prova em juízo: prova da deficiência; prova da incapacidade laboral; prova da pobreza (PENALVA, 2013: 13-14).

Outro fato importante, à semelhança do que foi assinalado por ANTÔNIO RODRIGUES DE FREITAS JR. em relação ao que ocorre na Justiça do Trabalho (*apud* FARIA, 1992: 163), consiste na *capilarização das vitórias judiciais*. Decisões judiciais de determinada região, em matéria previdenciária, são espalhadas, de modo organizado ou não, por todo o Brasil, especialmente através da divulgação da mídia ou da publicidade de teses por parte de escritórios de advocacia.

A multiplicação de demandas não é insalubre apenas do ponto de vista da gestão processual, mas também do ponto de vista da crítica política. Com base em ideias de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, BOCHENEK (2013: 119) demonstra que em democracias de baixa intensidade o sistema judicial opera em um sentido de dispersão dos conflitos sociais causados pelas distribuições desiguais produzidas pelo capitalismo global. O modo de atuação dos tribunais normalmente consiste na transformação de conflitos coletivos em individuais, da mesma forma que o Estado transforma os problemas sociais em direitos individuais. Esse modelo enfraquece e desencoraja a ação coletiva (inclusive aquela feita por instrumentos processuais coletivos); além disso, a imprevisibilidade das decisões e incapacidade de dar vazão às demandas atomizadas acaba por demover, desmobilizar e anular as contestações sociais, pois, ao mesmo tempo em que se promove a governabilidade, evitando uma sobrecarga do sistema político e expandindo a tolerância pública, esta estratégia promove a sobrecarga do sistema judicial.

Neste quadro, o conflito previdenciário normalmente resulta ou possibilita a existência de milhares de ações previdenciárias, o que é facilmente aferível através das estatísticas judiciárias. Conforme a pesquisa do CNJ sobre os cem maiores litigantes nacionais publicada em 2012, com referência aos processos iniciados em 2011 (a mais recente realizada nesse sentido), o INSS é o campeão nacional da litigância, seja em termos consolidados entre as justiças nacionais (estadual, federal e trabalhista), seja considerando-se tão somente a Justiça Federal. Na Justiça comum detêm cerca de 34% do total de novos processos ajuizados, sendo que nos Juizados Especiais esse percentual sobe a 79% (CNJ, 2012).

2.4. Expectativas sociais e regulação jurídica: o caso dos direitos previdenciários.

Antes de entrarmos no exame das pautas dos conflitos previdenciários, faz-se necessária uma breve digressão sobre as expectativas sociais sobre os direitos previdenciários e a forma de assimilação destas expectativas pelo ordenamento jurídico⁷⁵.

O conflito previdenciário não se identifica com o conjunto (enorme) de ações judiciais visando a concessão de benefícios e revisões de benefícios previdenciários. Não identificamos, também, o conflito previdenciário a alguma forma pejorativa de *ativismo judicial* ou de *Direito Alternativo* nessa seara.

Compreendemos esse fenômeno sociológico - ainda pouco estudado- de modo muito mais amplo, a envolver as pretensões sociais a respeito dos direitos previdenciários e do alcance da cobertura da proteção social almejada pela sociedade, com reflexos bastante complexos para o sistema jurídico e, especificamente, para o sistema judicial.

Um ponto de vista privilegiado para exame da controvérsia previdenciária é a *teoria dos sistemas*, tal como desenvolvida por Niklas Luhmann e outros autores que lhe são tributários.

Expectativas, na teoria luhmanniana, são a forma pela qual um sistema psíquico (os indivíduos) se expõe à contingência do mundo; uma forma de *comunicação*. A expectativa sonda o entorno (ambiente) e pode ser satisfeita ou não, o que independe dela. As expectativas, quando mais densas, tornam-se *pretensões*, e aí já entra em jogo a satisfação e a desilusão (LUHMANN, 1998: 246-247).

O Direito, na visão sistêmica, pode ser conceituado como a *generalização congruente de expectativas normativas*, isto é, o conjunto de normas que o próprio Direito, de forma autopoietica, produz para aplicação em determinada sociedade, dando razão a

⁷⁵ O reconhecimento de novos direitos enfrenta três grandes obstáculos, brilhantemente sintetizados por JOAQUÍN HERRERA FLORES (2011: 19-20): o primeiro, de *tradução*, que é a dificuldade de apresentar as reivindicações seguindo as formas jurídicas aceitas pelo Direito; os outros, *procedimental* e *institucional*, as reivindicações devem seguir os procedimentos previstos no sistema jurídico para transformação de pretensões políticas em objeto de prestações jurídicas, as quais serão tratadas pelas formas institucionais estabelecidas (sistema judiciário, por exemplo) e isto as tornará legítimas.

determinadas pretensões sociais, deixando de fora outras que poderiam ser igualmente válidas (CAMPILONGO, 2012: 74).

Não é toda expectativa normativa que goza de reconhecimento jurídico. Para tanto, é necessário que a função do Direito de generalização congruente de expectativas normativas obedeça a certos limites (Idem, ibidem): *variedade normativa* (constitucionalidade, legalidade, procedimentalização, institucionalidade de competências decisórias), *codificação comunicativa específica* (conformidade/desconformidade ao direito) e *programas de comunicação de tipo condicional* (hipótese/consequência; se/então; ilícito/sanção).

A teoria dos sistemas vislumbra *expectativas cognitivas* e *expectativas normativas*. As primeiras são reações adaptativas ao ambiente externo, tendentes à assimilação dos fatos e aprendizado que facilita reversões, ajustes e conformidade com desapontamentos. As *expectativas normativas*, por sua vez, são desconformidade com o ocorrido, tendentes à não aceitação dos fatos. Os conflitos relativos a direitos enquadram-se nessa segunda concepção de *expectativas* (CAMPILONGO, 2012: 74; MAGALHÃES, 1997: 254). A generalização de expectativas refere-se à possibilidade de orientações de sentido possam ser mantidas diante de parceiros diversos, em situações diferentes, de forma a que atinjam consequências semelhantes; enfim, a semântica do dever-ser (NICOLA, 1997: 233-234).

Essas afirmações devem ser compreendidas dentro de um aspecto importante do pensamento de Luhmann, no sentido de que o sistema reage ao ambiente não de modo *causal*, mas através de um *processo de comunicação* caracterizado por *contingência* (múltiplas possibilidades), que ocorre, por sua vez a partir de *seletividade* (escolha de possibilidades) e *complexidade* (excesso de possibilidades na sociedade moderna). A instabilidade é a marca da sociedade moderna. O direito ativa seus mecanismos para absorver essa instabilidade e o conflito (CAMPILONGO, 2012: 83).

Os sistemas sociais ou sistemas parciais de uma sociedade, como o sistema jurídico, atuam para reduzir a complexidade dos fatos da realidade. Em suas lógicas internas de funcionamento, instituem uma redução da complexidade relativamente estável em cada um dos âmbitos funcionais; são o resultado de um processamento seletivo da

multiplicidade de possibilidades, fatos e circunstâncias que se apresentam na realidade (VALLESPÍN, 2007: 14).

Complexidade se entende como a existência de um conjunto de possibilidades superior às que de fato podem ser realizadas e exigem algum tipo de seleção, o que equivale a um *imperativo de seleção*. *Contingência*, a seu turno, faz referência à existência dessas outras possibilidades e à presença de alternativas ou formas "funcionalmente equivalentes" de lidar com uma realidade complexa (Idem, ibidem).

Importante assinalar que o processo de diferenciação sistêmica pode ser descrito como uma *agregação de seletividade*, correspondendo ao aumento de possibilidades de introduzir variações na eleição: a seletividade permite não apenas reduzir complexidades, mas paradoxalmente, ampliar e facilitar o acesso a um maior número de possibilidades de atuação social (Idem, ibidem), ampliando as complexidades.

Os sistemas sociais atuam por *comunicações*, e não através de ações pessoais dos indivíduos. Isso vale também para o sistema jurídico, cujas comunicações, e somente estas, indicam o que é legal/ilegal (VALLESPÍN, 2007: 18). Este subsistema, sistema jurídico, propicia uma quantidade de comunicações (dicções do que é lícito ou ilícito) incomparavelmente superior à sua capacidade de implementação dessas alternativas, e isso gera conflitos⁷⁶, dentre eles o conflito previdenciário:

“Numa sociedade complexa, sistemas de funções específicas, como o direito, processam grande quantidade de comunicações e, portanto, de possibilidades de ações, superior à sua capacidade de implementação de alternativas. Isso torna a instabilidade uma constante desses sistemas. Várias seleções são sempre possíveis. Dentre elas, algumas serão realizadas, outras não. Quem recebe o ‘não’ dificilmente se retira aplaudindo ou se conforma razoavelmente com a negativa. Costuma ter argumentos tão bons quanto aqueles esgrimados pelos contendores.” (CAMPILONGO, 2012: 78-79)

Os sistemas sociais podem se auto-observar, e é essa capacidade que permite sua evolução. O direito descreve o que é direito e indica aquilo que não é direito.

⁷⁶ Os subsistemas sociais são necessariamente conflitivos, sendo que o potencial de conflito e consenso acompanha justamente o nível de evolução social e o respectivo processo de diferenciação funcional (LUHMANN, 1985: 06-07).

Na visão sistêmica, diferentemente de como trabalham a teoria e filosofia tradicionais do direito, desloca-se a análise do plano dos fundamentos, princípios, lógica, essência ou ideias para o plano das operações (jurídicas) para indicar o que é ou não direito (MAGALHÃES, 1997: 247-248).

Cada interpretação jurídica produz novas possibilidades interpretativas, alterando o direito em seu sentido e suas possibilidades, circularmente. Porém, embora o sistema jurídico realize essa função isoladamente (autopoieticamente), realiza-a dentro da sociedade, com interferência inequívoca desta sociedade em relação a modo de atuação do sistema jurídico:

“A cada interpretação, novo sentido é produzido, novos horizontes de possibilidades se ativam e torna-se possível a interpretação de novas diferenças. Mudar o direito por conta de novas interpretações é algo que possui evidentes constrangimentos e condicionamentos impostos pelo próprio direito. São condicionamentos peculiares e exclusivos do direito. Porém, por mais fechado que seja – ou melhor, exatamente em razão da consistência de seu fechamento operativo-, o sistema jurídico expande barbaramente sua abertura para o mundo. Alarga seu horizonte de possibilidades e reforça o desempenho de sua função para a sociedade. Assim, nos limites impostos pelo direito ao direito, é o direito, que muda o direito. Tautológico, mas enganoso. Essa autopoiese é influenciada pela sociedade e a influencia. A interpretação jurídica é evento de auto-observação do direito e hetero-observação da sociedade.” (CAMPILONGO, 2012: 141⁷⁷)

Em outras palavras, a interpretação jurídica não é a única a descrever a sociedade. Outras leituras da sociedade são possíveis, ainda mais que a interpretação jurídica limita-se, geralmente, aos aspectos lógico-formais:

“Acrescente-se que a metodologia e a dogmática jurídicas, por mais técnicas que sejam suas construções, demarcam objeto de investigação geralmente formal e encobrem ou deslocam ao estado de latência a obviedade de que a teoria jurídica é apenas uma das instâncias reflexivas da sociedade sobre a própria sociedade. Descrever as operações internas do sistema jurídico é algo que pode ser feito do interior do próprio sistema jurídico – portanto como autodescrição -, mas, simultaneamente, do interior da sociedade” (CAMPILONGO, 2012: 132)

⁷⁷ No mesmo sentido: MAGALHÃES (1997: 250), que aponta a evolução do sistema, aí o sistema jurídico, sempre que não houver sincronia entre ambiente e sistema, o que é cada vez mais difícil de vislumbrar na sociedade complexa.

A estabilidade do sistema jurídico, seu fechamento operacional, não corresponde a uma ideia de rigidez ou imutabilidade. Encontra-se estabilizada a possibilidade de variação constante do Direito, de forma “legítima” para o sistema, através da reflexividade dos mecanismos de seleção do Direito; há normas procedimentais que regulam toda a produção de normas pelo sistema jurídico (NICOLA, 1997: 235).

A evolução do Direito é uma constante e não significa que suas transformações sigam uma orientação para um determinado fim. O Direito contemporâneo vive a *experiência da aleatoriedade*, isto é, qualquer conteúdo pode assumir o caráter de norma jurídica; sua evolução tão somente indica aquisição de um maior nível de complexidade. Sabe-se que haverá uma norma jurídica, mas não há certeza a respeito de seu conteúdo (NICOLA, 1997: 233, 238).

Nesse processo de interpretação do sistema jurídico pelo próprio Direito e pela sociedade, surgem riscos e conflitos. Os riscos (e os recursos), porém, são distribuídos assimetricamente. A intervenção estatal, através de mecanismos jurídicos e de outras naturezas (econômicos, políticos, etc.) procura compensar desequilíbrios sociais. Rotineiramente a produção normativa se perde do conflito original e acaba gerando novos desequilíbrios, outras desigualdades e efeitos imprevistos. O sistema jurídico é ao mesmo tempo apaziguador e motor de conflitos⁷⁸ (CAMPILONGO, 2012: 87, 95-96).

De que maneira ocorre o processo de escolha de expectativas e interesses que serão incorporados, efetivamente, ao sistema jurídico? Na visão de LUHMANN (1997: 34-35), a teoria jurídica ainda se encontra aprisionada à dicotomia *jurisprudência dos conceitos X jurisprudência dos interesses*. Porém, em sua observação, trata-se de uma falsa e insuficiente oposição: há necessidade de alguma abstração conceitual para que se faça comparações casuísticas, estabeleçam-se regras e distinções juridicamente relevantes. A jurisprudência dos interesses, por sua vez, comumente encerra tautologias: o Direito somente deve proteger os interesses juridicamente relevantes, mas quais são os interesses juridicamente relevantes? O Direito não é mero registro de interesses; deve haver um critério diferenciador dos interesses relevantes e merecedores de proteção jurídica.

⁷⁸ À luz do sistema jurídico, um dos rivais entende que sua pretensão é correta e que é possível expor o adversário à sanção jurídica dos tribunais, conforme estabelecido nas regras processuais e de direito material (LUHMANN, 1998: 353). Dito de outro modo: o próprio mecanismo de acesso à justiça acaba por fomentar o potencial conflitivo da sociedade.

Os conceitos legais fazem aportes que fundamentam as decisões sobre o binário lícito/ilícito. Tornam possível a aplicação, paradoxal, do código jurídico sobre si mesmo: o sistema considerada lícito que possa decidir sobre o que é lícito/ilícito. Os conceitos jurídicos são instrumento imprescindível para dar coerência à decisão sobre o lícito/ilícito; enfim, sobre a legalidade dessa distinção (LUHMANN, 1997: 36-37).

Essa é a estrutura de um ordenamento jurídico autorreferencial (autopoiético) que desenvolve um paradoxo básico: a partir de dados internos e autolimitações define-se o que é legal/ilegal no contato com o externo/ambiente (LUHMANN, 1997: 36-37).

A definição de quais temas serão ou não incorporados ao sistema jurídico ocorre através da produção/atuação autopoiética do próprio sistema jurídico. Os temas e pretensões sociais tornam-se jurídicos não em virtude de critérios abstratos de justiça⁷⁹, moralidade ou leis naturais, mas em virtude da racionalidade e dinâmica próprias do sistema jurídico, à semelhança do que os outros sistemas sociais realizam em seus respectivos campos.

Um dos dados relevantes do pensamento luhmanniano é demonstrar que a produção normativa também não é fruto da idealização do legislador abstrato. O Direito é produto da atuação autopoiética do sistema, quando lida com o ambiente, isto é, com as pretensões e expectativas sociais a respeito de direitos, e através de seus mecanismos próprios, indica o que é lícito e ilícito.

O Direito produz segurança no caso de expectativas de comportamento não evidentes. Há nexos entre o sistema jurídico e sistema de imunidade, pois o Direito é antecipação de possíveis conflitos: das diversas expectativas cotidianas extrai aquelas que melhor resultado frente aos conflitos, reduzindo-as aos binômios *lícito/ilícito* e *permitido/proibido*, desprendendo-se, assim, do terreno da Moral e adquirindo autonomia na regulação de um amplo campo de comportamentos moralmente neutros (LUHMANN, 1998: 337-338).

⁷⁹ Ainda que critérios de justiça sejam o mote daqueles que procuram o sistema judicial e jurídico em busca de seus direitos previdenciários.

As pretensões sociais não acolhidas normativamente, já indicamos, serão objeto de protesto e de conflito, que ficam latentes na sociedade. Porém, o próprio Direito cria mecanismos de lidar ou absorver esses conflitos, através dos mecanismos de reabsorção política dos temas e inovação legislativa ou da atuação dos Tribunais.

O conflito a respeito de direitos previdenciários, assim como aqueles que se desenvolvam em torno de quaisquer outros segmentos normativos, ocorre porque há inúmeras possibilidades de interpretação das normas, incontáveis pretensões e expectativas sociais em relação ao que se espera seja a cobertura previdenciária.

Como indicamos acima, nem todas as pretensões e expectativas serão incorporadas ao sistema jurídico. As pretensões descartadas suscitam um potencial conflitivo com que a sociedade deve arcar, ativando seus mecanismos de controle de riscos ou, em linguagem não luhmanniana, seus instrumentos de pacificação social.

É sob essa perspectiva das inúmeras pretensões e expectativas sociais a respeito de direitos previdenciários que iniciamos nossa abordagem sobre o conflito previdenciário: a sociedade pretende muito mais em termos de Previdência Social do que talvez se possa acomodar ou esteja previsto, inclusive em termos políticos e financeiro-econômicos; certas pretensões, paulatinamente, serão incorporadas ao sistema jurídico e outras, temporária ou definitivamente, serão descartadas. Dentro desse quadro de complexidade, talvez o Poder Judiciário não esteja pronto a dar a adequada resposta, suscitando a investigação e proposição de mecanismos jurídicos mais adequados a tanto.

Da perspectiva luhmanniana pode-se aventar que um sistema social (como o sistema jurídico) é resultado da redução da complexidade social, derivada da diferenciação funcional. Paradoxalmente, a redução de complexidade expande complexidades, interna e externamente ao sistema. Os sistemas sociais não são lineares, mas caracterizados por incerteza, paradoxo, insegurança e aumento de possibilidades. O sistema jurídico, como todos os sistemas sociais, é *operativamente fechado* mas *cognitivamente aberto*, isto é, sempre é suscetível às provocações do ambiente, transformando-as, autopoieticamente, em código jurídico (lícito ou ilícito).

Aplicadas estas características do pensamento luhmanniano à nossa proposta de *conflito previdenciário*, vislumbra-se que o estabelecimento da atual normativa previdenciária torna lícitas certas escolhas de expectativas normativas, tornando ilícitas outras, que se tornam objeto de disputas e são levadas, geralmente pela via judicial, ao sistema jurídico. Este, através das decisões dos Tribunais, deve se pronunciar a respeito destes temas, fixando o que é ou não parte do sistema jurídico, o que é lícito e o que é ilícito, realizando atualização normativa, evolução do Direito.

Em outras palavras: as demandas sociais (por direitos previdenciários) ativam os mecanismos de reação do Direito, como fórmulas de imunização que permitem manter o equilíbrio entre instabilidade e estabilidade, conservação e mudança (CAMPILONGO, 2012: 04).

As demandas previdenciárias, aproveitando percepção de CAMPILONGO (2012: 75-76, 88-93), têm como foco a impugnação do direito válido, mas incompatível com o ordenamento, ou mesmo a impugnação do direito válido, que se deseja substituir por outro, ainda não reconhecido. Em uma sociedade caracterizada pela instabilidade, o direito positivo é direito variável, e se aposta na possibilidade de interpretações alternativas do Direito.

Alguns exemplos históricos de revisão das normas previdenciárias a partir de mobilização do direito nos Tribunais podem ilustrar esse argumento.

Nos anos 1980, o extinto Tribunal Federal de Recursos editou a Súmula 198, que flexibilizou/ampliou as possibilidades de obtenção de aposentadoria especial: “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento”. Atualmente se pleiteia a extensão da aposentadoria especial aos bancários, por exemplo, mesmo à míngua de previsão legal expressa, baseada na específica penosidade dessa categoria profissional, bastante sujeita a LER/DORT e acentuado nível de assédio moral (CAETANO COSTA, 2013: 189-205).

Ainda do extinto Tribunal Federal de Recursos pode-se trazer o exemplo da Súmula 64⁸⁰, atualmente encampada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 336⁸¹), com o teor de que é devida a pensão por morte à mulher que renunciou aos alimentos no processo de separação judicial ou divórcio.

Também pode ser mencionada a concessão de benefício de pensão por morte para os dependentes daquele que é regularmente casado, embora separado de fato e, nessa condição, passa a viver maritalmente com outra pessoa. Nesses casos, a jurisprudência vem admitindo o rateio da pensão por morte entre a viúva oficialmente casada e a mulher com quem o *de cujus* tinha apenas coabitação⁸² (ROCHA, 2012: 47-48).

Em momento mais recente, podemos citar o exemplo da concessão judicial de licença-paternidade por 120 dias no caso de pais viúvos, adotivos ou mesmo que obtenham a guarda judicial dos filhos (em analogia ao que é concedido às mulheres, pois aos homens a legislação reserva expressamente apenas 5 dias de licença-paternidade), ampliação do conteúdo normativo que redundou na edição da Lei 12.873/2013, que incorporou essa inovação ao Direito Previdenciário legislado (SERAU JR., 2014).

Outro exemplo é a concessão de benefício de pensão por morte àquele que não integra o rol de dependentes prioritários. Lista-se um caso em que a decisão judicial incluiu a mãe do falecido, dele dependente econômica, no rol de beneficiários do *de cujus*, dividindo a pensão com a cônjuge do finado, diversamente do que previsto na legislação previdenciária. O fundamento para tanto, além da idéia geral da dignidade da pessoa humana e da necessidade de proteção aos idosos e à família, residiu na impossibilidade do legislador prever, em abstrato, todas as situações merecedoras de proteção social (FREIRE JR., 2012: 11-14).

Estas últimas (re)interpretações em relação aos benefícios por dependência (especialmente os casos citados de pensão por morte) ou de proteção à “maternidade”

⁸⁰ “A mulher que dispensou, no acordo de desquite, a prestação de alimentos, conserva, não obstante, o direito a pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício”.

⁸¹ “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”.

⁸² Na esteira do pensamento de HART (1987: 63), que discutia a necessidade de descriminalizar a *bigamia*, incriminada pelo simples fato de que contrária à moralidade vigente, existe hoje tendência de que o aspecto puramente moral deixe de ser óbice para a atribuição de direitos (remanescendo apenas a preocupação com o abandono e a falta de amparo), inclusive previdenciários, expandindo a expressa previsão legal.

devem ser vistos conforme uma antiga advertência de CELSO BARROSO LEITE (1981: 17), no sentido de que a diversidade cada vez maior da estrutura familiar exigiria profundas alterações na estrutura da Seguridade Social. A adoção do modelo jurídico eminentemente positivista torna as demais entidades familiares, que não o casamento, irrelevantes para o Direito. Porém o conceito de família se altera com a evolução social (ROCHA, 2012: 36-37; BORCEZI; SILVA JR., 2014: 47-48), demandando novas formas de cobertura previdenciária⁸³.

Outro exemplo importante de expectativas sociais em torno de normas jurídicas de previdência social reside na busca judicial pela desaposentação. Essa pretensão é fruto inequívoco da percepção da perda de poder aquisitivo por parte dos aposentados. Ademais, consiste em clara reação à instituição do *fator previdenciário* e à extinção dos benefícios previdenciários do abono de permanência e do pecúlio, em meados dos anos 1990⁸⁴ (SERAU JR., 2013; GABBAY; CUNHA, 2013: 93).

Em relação à incapacidade laboral e necessidade de assistência integral ao aposentado, há decisões judiciais que ampliam o cabimento do adicional de 25% sobre o valor do benefício, previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 somente para os casos de aposentadoria por invalidez, propiciando-o também para as demais hipóteses de

⁸³ No caso da já mencionada Lei 12.873/2013, que ampliou as hipóteses previstas para o benefício do salário-maternidade, aponta-se que poderia ter avançado ainda mais, trazendo a previsão expressa do pagamento desse benefício às hipóteses de seguradas menores de dezesseis anos (idade abaixo da qual não pode haver filiação à Previdência Social) e de gestação de substituição – “barriga de aluguel” ou “barriga solidária” – situações em que o recurso à via judicial continuará sendo necessário (BORCEZI; SILVA JR., 2014: 54-58).

⁸⁴ Uma vez pacificada, no início dos anos 2000, a tese da irrepetição das contribuições previdenciárias no caso dos aposentados que tenham permanecido trabalhando ou tenham voltado ao mercado de trabalho após a aposentadoria, os aposentados voltaram suas baterias, posteriormente, para a tese da desaposentação (renúncia ao primeiro benefício, com aproveitamento das novas contribuições previdenciárias no cálculo da nova aposentação). Veja-se os seguintes julgados:

“DIREITO TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO. RETORNO À ATIVIDADE. 1. É exigível a contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade. 2. Inexistência de argumento capaz de infirmar a decisão agravada, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental improvido.” (RE-AgR 364083, ELLEN GRACIE, STF)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADO. RETORNO À ATIVIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não-interposição de recurso especial. Incide, no caso, a Súmula 283 deste Supremo Tribunal Federal. 2. Exigibilidade da contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade. Precedente.” (RE-AgR 393672, CÁRMEN LÚCIA, STF)

aposentadoria, como aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição, desde que o segurado nessas situações também dependa de cuidados integrais⁸⁵.

No ano de 2014 foram proferidas algumas decisões judiciais conferindo o direito ao salário-maternidade a indígenas menores de dezesseis anos. Essas decisões judiciais também se inserem nessa agenda de ampliação do Direito Previdenciário com base nas expectativas sociais ainda não generalizadas pelo ordenamento jurídico.

Ocorre que a legislação previdenciária proíbe o trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze. Contudo, tais decisões consideraram as diferenças antropológicas, culturais e sociológicas pertinentes aos indígenas, bem como a normativa constitucional e internacional a respeito da proteção desses grupos sociais. Assim, considerando que o trabalho (normalmente regime de agricultura familiar, o que dá aos indígenas a condição de segurado especial) exercido nas comunidades indígenas, bem como a maternidade, iniciam muito antes dos dezesseis anos, houve-se por bem conceder o benefício do salário-maternidade às índias com menos de dezesseis anos (LESSNAU, 2014: 45-49)⁸⁶.

⁸⁵ Veja-se o seguinte precedente, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“PREVIDENCIÁRIO. ART. 45 DA LEI DE BENEFÍCIOS. ACRÉSCIMO DE 25% INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. NATUREZA ASSISTENCIAL DO ADICIONAL. CARÁTER PROTETIVO DA NORMA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DESCOMPASSO DA LEI COM A REALIDADE SOCIAL. 1. A possibilidade de acréscimo de 25% ao valor percebido pelo segurado, em caso de este necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia. 2. A doença, quando exige apoio permanente de cuidador ao aposentado, merece igual tratamento da lei a fim de conferir o mínimo de dignidade humana e sobrevivência, segundo preceitua o art. 201, inciso I, da Constituição Federal. 3. A aplicação restrita do art. 45 da Lei nº. 8.213/1991 acarreta violação ao princípio da isonomia e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, por tratar iguais de maneira desigual, de modo a não garantir a determinados cidadãos as mesmas condições de prover suas necessidades básicas, em especial quando relacionadas à sobrevivência pelo auxílio de terceiros diante da situação de incapacidade física ou mental. 4. O fim jurídico-político do preceito protetivo da norma, por versar de direito social (previdenciário), deve contemplar a analogia teleológica para indicar sua finalidade objetiva e conferir a interpretação mais favorável à pessoa humana. A proteção final é a vida do idoso, independentemente da espécie de aposentadoria. 5. O acréscimo previsto na Lei de Benefícios possui natureza assistencial em razão da ausência de previsão específica de fonte de custeio e na medida em que a Previdência deve cobrir todos os eventos da doença. 6. O descompasso da lei com o contexto social exige especial apreciação do julgador como forma de aproximá-la da realidade e conferir efetividade aos direitos fundamentais. A jurisprudência funciona como antecipação à evolução legislativa. 7. A aplicação dos preceitos da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência assegura acesso à plena saúde e assistência social, em nome da proteção à integridade física e mental da pessoa deficiente, em igualdade de condições com os demais e sem sofrer qualquer discriminação.”

(TRF4, AC 0017373-51.2012.404.9999, Quinta Turma, Relator Rogerio Favreto, D.E. 13/09/2013)

⁸⁶ O trabalho do menor é vedado antes dos dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal).

Há, de outra parte, pretensões de evolução do direito previdenciário, com base nas expectativas sociais levadas ao sistema jurídico, que foram rechaçadas pela jurisprudência.

Um exemplo são as diversas pretensões de alteração dos critérios de reajuste dos benefícios previdenciários, com fulcro no princípio constitucional da irredutibilidade do valor dos benefícios, interpretada pelos aposentados no prisma da manutenção do poder aquisitivo. A jurisprudência, inclusive do STF, entende que a metodologia de reajuste anual dos benefícios previdenciários é critério técnico, tendo havido opção técnico-política do legislador, dentre tantos índices econômicos existentes, pela adoção do INPC, inviável a utilização de outro indexador (FRANÇA, 2011: 118-120).

Também pode ser elencada a pretensão de benefícios por dependência ao “menor sob guarda”, mesmo que tal pessoa não apresente laços familiares com o segurado, apenas vivendo sob seu teto e sob sua direção econômica, pauta de ampliação do rol de dependentes estribada no conceito constitucional de dependência e de família, mais amplo do que a previsão legal (FRANÇA, 2011: 145-157; SOUZ, 2012: 68-69). Verifica-se nessa pretensão a insurgência contra o descompasso entre o tratamento legal dado à família para fins previdenciários (calcado em um padrão abstrato e universalista), e a amplitude de modalidades de relações familiares existentes na sociedade brasileira na atualidade.

No tópico posterior, relativo às *pautas do conflito previdenciário*, abordaremos as duas vertentes que identificamos nesse processo de questionamento e projeção de expectativas normativas sobre o sistema jurídico.

2.5. Pautas do conflito previdenciário.

O *conflito previdenciário* pode ser classificado em dois grandes segmentos: a) uma **pauta de legalidade**, que diz respeito ao efetivo cumprimento dos direitos já previstos na legislação previdenciária; b) uma **pauta interpretativa**, que diz respeito aos possíveis avanços e novas interpretações a respeito dos direitos previdenciários.

Essa dupla perspectiva, que vislumbra pautas de legalidade e pautas interpretativas dentro do conflito previdenciário, corresponde à dupla mobilização que o sistema jurídico propicia àqueles que comparecem perante os Tribunais (CAMPILONGO, 2012: 65-66; SANTOS, 2011: 109; SADEK, 2012: 23): a pretensão de fazer vigorar as normas jurídicas (especialmente a Constituição) e a pretensão de revisão do Direito, através de novas interpretações que se possa dar às normas em vigor⁸⁷⁸⁸.

O conflito previdenciário traz a juízo a discussão das prescrições normativas de direitos previdenciários e judicializa os atos administrativos relativos à concessão/revisão de benefícios previdenciários, procurando dar vazão a um campo mais abrangente de expectativas sociais quanto à proteção previdenciária existente.

Esse cenário não abrange a “criação” de política pública previdenciária, mas tão somente a verificação de sua compatibilidade com as normas de direitos fundamentais previdenciários, sob outras perspectivas interpretativas possíveis, sobretudo diante da ocorrência de lesão a algum direito dos segurados (FRANÇA, 2011: 96-97, 104).

Analisemos, em separado, cada uma destas duas vertentes que identificamos para o conflito previdenciário.

2.5.1. Pautas de legalidade.

Com a expressão **pautas de legalidade** procuramos denominar a discussão em torno de temas previdenciários em que se verifica clara violação, por parte da administração previdenciária (INSS), daquilo que já está efetivamente previsto nas normas jurídicas sobre direitos previdenciários e não é cumprido/executado⁸⁹.

⁸⁷ O autor escreve sobre movimentos sociais, mas esse sua tese pode ser aproveitada sem ressalvas quanto às pretensões judicializadas de modo difuso, como é o caso da controvérsia previdenciária. Segundo CAMPILONGO (2012: 75-76), protesta-se “em razão da ineficácia de direitos inquestionavelmente válidos. Protestam, também, pela afirmação de uma interpretação alternativa ou original de direitos controvertidos, ambíguos ou situados numa zona de ‘penumbra’. Protesta-se, ainda, pela revogação de direitos válidos, mas incompatíveis com o ordenamento”. (...) Por vezes, porém, “o protesto é dirigido contra o direito válido e compatível com o ordenamento, em nome de um direito ainda não reconhecido ou com fundamento em elementos estranhos às comunicações reconhecíveis pelo sistema jurídico”.

⁸⁸ Os Tribunais são por vezes pioneiros na recepção das novas realidades sociais dentro do Direito, embora sejam comumente taxados por conservadores ou retrógrados (MIRANDA ROSA; CÂNDIDO, 1988: 08-12).

⁸⁹ Sem a pretensão de vinculação teórica imediata ou adesão à tese, pensamos que o fenômeno que denominados de **pauta de legalidade** pode ser comparado/identificado ao que HART (1987) identifica como

Não se pretende chegar ao patamar daquilo que está consubstanciado no vetusto brocardo *in claris cessat interpretatio*, mas há hipóteses legais e constitucionais de direitos previdenciários previstos expressamente que são frontalmente desrespeitadas pela autarquia previdenciária.

Esse tipo de pretensão se insere naquela discussão a respeito da eficácia jurídica não como sinônimo de validade da norma jurídica, mas como correspondente à capacidade de produzir efeitos jurídicos concretos nas relações e comportamentos, conforme encontrem na realidade sócio-econômica as condições políticas, culturais e ideológicas para sua aceitação e cumprimento por parte de seus destinatários.

Isso não ocorre sem a “internalização” de um sentido genérico de disciplina e respeito às leis, aos códigos e normas, no esforço de tornar real o que as instituições formalmente asseguram ser direitos dos cidadãos (FARIA, 1992: 106-107)⁹⁰.

O conflito previdenciário, nesse segmento da *pauta de legalidade*, pressupõe e observa a ausência da internalização desse sentimento de respeito às normas jurídicas por parte do INSS. A dificuldade no cumprimento das regras jurídicas já existentes (respeito à legalidade, de modo geral) decorre do histórico e características burocrático-autoritárias do INSS, apontadas anteriormente.

Outrossim, não se pode deixar de admitir que mesmo nos atos administrativos vinculados se verifica certo espaço para a discricionariedade, ainda que se trate de uma *discricionariedade cognitiva*. O agente público não é uma *res* irracional de

os casos paradigmáticos ou casos claros (*clear cases*), em contraposição à **pauta interpretativa**, que pode ser comparada aos *hard cases* (casos difíceis). De toda sorte, deve ser lembrada a advertência de STRUCHINER (2011: 123-130), no sentido de que, se o Direito não é totalmente determinado, também não padece de indeterminação radical, pois a linguagem do Direito possui um significado compartilhado, há certa “zona de certeza” a respeito do significado de muitas normas jurídicas e de muitas situações reguladas pelo Direito.

⁹⁰ A pauta de legalidade previdenciária, ademais, se insere em um contexto geral aplicável ao Direito produzido na América Latina, que é considerado como *direito falido* ou *direito fracassado* (*failed law*, em inglês). Pode ser resumida essa expressão na falta geral de internalização de direitos e obrigações em toda a sociedade e por altos níveis de desconfiança e insatisfação com o sistema judicial; um fracasso funcional, decorrente da falta de aplicação, da ineficiência dos processos e transações jurídicas. Critica-se essa análise pelo fato de, ainda que parcialmente verdadeira, nivela todos os países latino-americanos, desprezando experiências particulares e eventualmente positivas, além de ensejar um neocolonialismo (ESQUIROL, 2011: 439-446).

suposta legalidade; o sistema administrativo condiciona a decisão do agente e este molda o sistema, necessariamente em via de mão dupla, sendo inexistente a dogmática total que opera por mera subsunção acrítica (FREITAS, 2014: 74-76).

Podemos indicar hipóteses dessa pauta de legalidade: a negativa de atendimento nas agências do INSS; o descumprimento, puro e simples, de decisões judiciais favoráveis aos segurados; a concessão de benefício de menor valor quando a lei possibilite outro de melhor qualidade (p.ex, a concessão de aposentadoria proporcional ao revés de aposentadoria integral); o corte arbitrário de benefícios previdenciários sem a apuração em prévio processo administrativo pautado pelo devido processo legal.

Um exemplo histórico muito relevante da pauta de legalidade consiste na exigência de autoaplicabilidade da norma contida no artigo 201, § 5º, da Constituição Federal de 1988, especialmente para os trabalhadores rurais.

O referido preceito constitucional assegura o valor correspondente ao salário-mínimo como piso dos benefícios previdenciários que substituam a renda proveniente da remuneração. A previsão constitucional foi regulada pela Lei 8.213/91, que é de 24.07.1991, sendo regulamentada em dezembro do mesmo ano, mas até meados de 1992 os benefícios não foram pagos desta forma aos trabalhadores rurais, que até então poderiam receber menos de um salário-mínimo, sendo necessária pressão política para que a situação se normalizasse (BERWANGER, 2010: 81).

Outro exemplo que a doutrina e a jurisprudência entendem como de explícita ilegalidade é o programa de ação implementado pelo INSS e conhecido como “alta programada” (FRANÇA, 2011: 157-161). Nesta situação, relativa a benefícios temporários por incapacidade laborativa, o INSS fixa uma data futura e provável, independentemente de realização de perícia médica, quando cessará o benefício do auxílio-doença, mesmo que o segurado não apresente condições clínicas de retorno ao trabalho, o que só pode ser atestado por perícia médica, nos exatos termos da Lei de Benefícios.

Outro exemplo bastante relevante de pretensão de *legalidade* encontrado nas ações previdenciárias é a busca pela aposentadoria especial dos servidores públicos. Existente a previsão constitucional, desde 1988, e até agora destituída de regulamentação

necessária ao exercício desse importante direito, competiu ao Poder Judiciário (especialmente ao STF, através do mandado de injunção nº 721, e posteriormente com a Súmula Vinculante 33) a supressão da omissão inconstitucional⁹¹.

Outra questão que se pode inserir na pauta de legalidade é a inoperância do INSS em realizar e propiciar aos segurados incapacitados a reabilitação profissional prevista na Lei 8213/91. Esse serviço social é praticamente inexistente ou ineficiente em abrir novos espaços no mercado de trabalho (PASSOS, 2013: 130, 188; TRICHES, 2012: 122-123), e seria socialmente mais vantajoso, caso fosse eficaz, à disputa em torno da concessão de benefícios por incapacidade (aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, principalmente)⁹².

Outro tema relevante que se pode incluir na pauta de legalidade previdenciária, embora bastante ligado à esfera trabalhista, é a necessidade de respeito efetivo à inclusão de pessoas com deficiência nos quadros das empresas privadas, conforme percentuais estabelecidos no art. 93, da Lei 8.213/91⁹³. Tais patamares não são normalmente respeitados (CEZAR, 2012).

⁹¹ Eis o inteiro teor da referida Súmula Vinculante 33: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica”.

⁹² Essa opção mais vantajosa por tornar eficiente o serviço de reabilitação profissional, ao invés de se disputar a concessão de benefícios por incapacidade (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez) corresponde ao que ROSANVALLON (2011: 105-106) afirma sobre a necessidade de transformar *gastos sociais passivos* em *gastos sociais ativos*, o que seria um dos instrumentos importantes a combater as ineficiências do Estado-Providência.

⁹³ Eis o inteiro teor do citado artigo 93, da Lei 8.213/91, que estabelece as cotas profissionais para pessoas com deficiência:

“Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.”

Além destas hipóteses que citamos, podemos mencionar todos os casos de negativa de concessão de benefícios, em virtude de falta de provas ou por alegação de não haver direito à pretensão social buscada perante a autarquia previdenciária.

Nesse específico segmento merece menção especial a situação da concessão de benefícios previdenciários aos trabalhadores rurais. Em que pese a evolução legislativa no intuito de facilitar e flexibilizar a comprovação da atividade rural do segurado especial⁹⁴, verifica-se que esse compromisso com a cobertura previdenciária diferenciada trazida pelas normas constitucionais não é praticado pelo INSS (BERWANGER, 2010: 113) ou mesmo não é respeitado pela legislação ordinária (GARCIA; PEREIRA NETO, 2014: 135-140).

Neste grupo de questões previdenciárias os cidadãos/segurados apenas querem fazer valer seus direitos, conforme previsto em norma jurídica já existente e descumprida/não efetivada pelo INSS. Não criticam a *validade do direito*. Muito ao contrário, exigem seu efetivo cumprimento.

2.5.2. Pauta Interpretativa.

O segundo segmento de discussões do conflito previdenciário, que denominamos **pauta interpretativa**, é mais complexo que o primeiro grupo abordado, pois diz respeito à crítica sobre o Direito Previdenciário existente. Consiste em um bloco de pretensões e expectativas conflituosas que impugna o próprio ordenamento jurídico válido, pretendendo que certas normas previdenciárias sejam substituídas por outras.

Uma das causas do excesso de litigiosidade contra a Administração Pública, inclusive contra o INSS, deriva da interpretação legal que se prende à literalidade exegética, à míngua de outros métodos hermenêuticos possíveis (VAZ, 2012: 33). Os outros atores sociais produzem outras formas de hermenêutica jurídica, por vezes mais abertas que aquela que é permitida pela legalidade estrita.

⁹⁴ É necessário mencionar que o segurado especial não precisa recolher contribuições previdenciárias para obter seus benefícios previdenciários, devendo apenas comprovar sua atividade laboral, conforme disposição constitucional do art. 195, § 8º, da Constituição Federal, posteriormente regulamentado pela Lei 8.213/91.

Estas *pautas previdenciárias interpretativas* podem ser compreendidas com base no argumento de JOSÉ EDUARDO FARIA (1992: 63) de que os novos conflitos sociais são muito mais complexos e amplos do que aquilo efetivamente é judicializado. As ações judiciais em que são discutidos direitos sociais têm como pano de fundo pretensões de justiça social e isonomia. Apenas em termos práticos é que acabam implicando no exercício de controle judicial do enorme aparato administrativo-burocrático necessário à realização das políticas e serviços públicos (CAPPELLETTI, 2008: 384-385).

As ações previdenciárias parecem ser expressão do questionamento sobre o modelo de Estado Social (melhor dizendo: de sua supressão pelas recentes reformas legislativas) e, de modo mais profundo, sobre a própria concepção de cidadania e justiça sociais brasileiras.

As pautas interpretativas do conflito previdenciário também podem ser analisadas à luz do argumento do **mito dos direitos** (SCHEINGOLD, 2004: 05, 84-85), isto é, a possibilidade de mudança social mediante os litígios judiciais: as instituições políticas seriam responsivas aos valores constitucionais e os Tribunais, por sua vez, atuariam como ferramentas de correção dos erros políticos e de distribuição das promessas constitucionais aos cidadãos.

Essa utilização do Poder Judiciário se torna mais aguda à medida que se considere a enorme dívida social do país: um padrão concentrador e excludente de desenvolvimento econômico, propiciador de um caldo cultural explosivo, ensejando movimentos de denúncia do *apartheid* social e luta por novos serviços públicos, principalmente pela via judicial (FARIA, 1992: 103-106).

As pautas interpretativas do conflito previdenciário se enquadram em um contexto em que prepondera a inexistência, na sociedade complexa/diferenciada funcionalmente, de um vértice, um ponto de referência, um órgão central, um centro referencial de justiça unívoco ou um centro gerenciador dos demais subsistemas sociais (CAMPILONGO, 2012: 06, 70-71; LUHMANN, 2007: 43-44).

A pauta interpretativa do conflito previdenciário, inserida no quadro mais geral de questionamento a respeito das políticas públicas, pode ser dividida em três

vertentes, que não são taxativas ou exclusivas, sequer são apresentadas em ordem de importância: a) interpretação constitucional ou releitura constitucional dos direitos previdenciários; b) interpretação utilitarista/economicista; c) revisão de paradigmas da Teoria Geral do Direito aplicáveis às demandas previdenciárias. Analisaremos cada uma destas vertentes em destaque, nos próximos itens.

2.5.1. Interpretação constitucional dos direitos previdenciários.

O viés da interpretação constitucional das normas previdenciárias⁹⁵ refere-se à ampliação dos direitos previdenciários a partir das normas constitucionais, o que enseja a releitura e inovação da legislação infraconstitucional.

Uma das premissas essenciais dessa pesquisa é a concepção da Previdência Social e seus institutos e estrutura como direitos fundamentais materiais, dentro de um quadro maior em que os direitos sociais estruturam-se juridicamente como *resposta a contingências sociais* (SERAU JR., 2011).

O agasalho constitucional aos direitos previdenciários confere-lhes força normativa diferenciada, e tratamento jurídico de primeira grandeza. Assim, é possível uma (re)interpretação da legislação previdenciária a partir deste prisma, utilizando-se também princípios e valores albergados no Texto Constitucional. A partir desta matriz substantiva é comum a utilização da ponderação de princípios e a metodologia hermenêutica pautada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A análise e interpretação dos direitos previdenciários a partir da roupagem de direitos fundamentais também deve acolher uma perspectiva de que há uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição⁹⁶ (HÄBERLE, 2002), e respeitar as premissas de pluralismo jurídico e multiculturalismo dos direitos humanos, já lançadas no Capítulo 1 deste trabalho.

⁹⁵ Nesse sentido veja-se as seguintes referências bibliográficas: a minha própria análise (SERAU JR., 2011); CORREIA (2004); FERRARO (2014: 73-74); BERWANGER (2014: 95-114), que fala especialmente sobre a força normativa das regras constitucionais a respeito dos trabalhadores rurais; CASTRO (2014), que desenvolve a fundamentalidade dos direitos previdenciários especialmente à luz das previsões normativas contidas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

⁹⁶ Adotamos a concepção de uma *sociedade aberta de intérpretes das normas constitucionais* (HÄBERLE, 2002), isto é, a exegese constitucional não é exclusiva das autoridades judiciais, embora sejam estas que possuam a atribuição de fixá-la em definitivo, o que permite a oxigenação da hermenêutica jurídica.

Há enorme hiato entre a teoria discursiva dos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, e sua concreta efetivação, produzindo déficit de implementação de políticas sociais, entre estas a política pública previdenciária (VAZ, 2011: 65-67⁹⁷).

É claro que, diante deste panorama, muitas destas questões recairão sobre o Poder Judiciário. O ativismo judicial em matéria previdenciária tem sido importante para consagrar o respeito à dignidade humana, preservando os direitos fundamentais e valores constitucionais, de modo a ensejar inovação da interpretação sobre o Direito Previdenciário (FERRARO, 2014: 75-80).

O viés da interpretação constitucional das normas previdenciárias também encampa a aplicação do princípio da isonomia às partes em disputa em torno de direitos previdenciários. A partir das normas e valores constitucionais, entra em pauta buscar-se a igualdade, não apenas de tratamento igual perante a lei, mas de igualdade que visa a proporcionar aos diferentes as mesmas oportunidades e, sobretudo, os mesmos resultados. Trata-se de uma *tarefa de justiça* que impõe consultar as condições sociais, materiais e mesmo hipossuficiência de informações, afastando a aplicação da regulação geral e abstrata das normas jurídicas (VAZ, 2011: 62-63).

A fundamentação constitucional dos direitos previdenciários e assistenciais permite a judicialização desse segmento de direitos em prol dos estrangeiros (CASTRO, 2014) - especialmente a concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, matéria cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo STF⁹⁸.

Também são as normas constitucionais⁹⁹ que fundamentam a busca de benefícios previdenciários por dependência em relação às “novas” modalidades de relações familiares, como a monoparentalidade ou a homoafetividade.

⁹⁷ No mesmo sentido: BERWANGER (2014: 124-125), especialmente sobre a utopia em torno do princípio da uniformidade de tratamento em termos de benefícios destinados às populações urbanas e rurais, a qual ainda é uma realidade distante na prática administrativa do INSS e na jurisprudência.

⁹⁸ No julgamento do RE 587.970, Rel. Min. Marco Aurélio, em 26.06.2009, DJE 02.10.2009.

⁹⁹ Especialmente a previsão ampla do art. 226, da Constituição Federal:

“**Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

Além da possibilidade de ampliação dos direitos previdenciários a partir da normativa constitucional, podemos enquadrar nesse segmento as discussões a respeito da limitação inconstitucional dos direitos previdenciários operada por leis ordinárias e atos normativos de menor escalão, como Decretos, Portarias e Instruções Normativas (SAVARIS, 2014: 42-44).

Esse sub-questo comporta também toda a problemática a respeito da omissão no dever constitucional de regulamentação de direitos fundamentais. Essa hipótese pode ser exemplificada com a precariedade e lentidão no caso da regulamentação do benefício assistencial ¹⁰⁰previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal (VAZ, 2011: 69), assim como no caso da aposentadoria especial dos servidores públicos, ainda sem regulamentação expressa, tendo sido delineada através de julgamentos de mandados de injunção por parte do Supremo Tribunal Federal¹⁰¹.

Em síntese, essa é a problemática que deriva da interpretação constitucional dos direitos previdenciários.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

(...)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

¹⁰⁰ Na hipótese do benefício assistencial, é notório o descaso do Poder Público em dar efetividade a esse direito fundamental: a regulamentação do direito previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988 ocorreu somente em 1993, com a edição da Lei 8.743/93; após a edição da lei, o decreto regulamentador adveio apenas em 1995 (Decreto 1.744, de 08.12.1995). Posteriormente, houve dificuldade quanto ao reconhecimento da legitimidade passiva para responder na via judicial pela concessão do benefício: um jogo de empurra-empurra entre a União Federal e o INSS, até o reconhecimento da atribuição deste último, pelo Supremo Tribunal Federal (VAZ, 2011: 69). É óbvio que, durante o período dessa lacuna normativa acima indicada, bem como do conflito de atribuições entre os responsáveis pela política assistencial, avolumaram-se as ações judiciais a respeito.

¹⁰¹ Posição atualmente consolidada na Súmula Vinculante nº 33, já explicitada acima.

2.5.2.2. Interpretação utilitarista/economicista das normas previdenciárias.

BARROSO LEITE (1981: 09) indica que desde os anos 60-70 já se falava em “crise” econômica da Previdência Social. Esse argumento põe em questão a viabilidade econômica das pretensões de ampliações de direitos previdenciários movidas por segurados e pensionistas, pois exporia a risco a continuidade do próprio sistema previdenciário. Esse ponto é explicitado com bastante precisão por JOSÉ ANTONIO SAVARIS (2011: 25):

“...o postulado do equilíbrio financeiro-atuarial dos sistemas previdenciários, tão referido pela jurisprudência utilitarista da Suprema Corte (...) sugere a necessidade de proteção desses regimes de previdência, cuja falência poderia iludir a proteção de milhões de beneficiários. A opção pela suposta preservação de interesses de uma grande coletividade em detrimento do reconhecimento de direitos previdenciários de um indivíduo ou grupo minoritário reflete o núcleo comum das diferentes vertentes do utilitarismo.”

Parcela da doutrina identifica que a jurisprudência previdenciária do Supremo Tribunal Federal (e também dos demais órgãos judiciais) pauta-se pelo critério utilitarista (SAVARIS, 2011). É a ideia de que o Poder Judiciário adota *racionalidade econômica*, pensando nas supostas consequências econômicas das decisões judiciais, cogitando que cada benefício previdenciário negado judicialmente é dinheiro público economizado ao Estado (VAZ, 2011: 58, 77).

Muitas vezes o argumento utilitarista/economicista não é expresso, mas velado (SAVARIS, 2011: 161-163; GNATA, 2014: 87), passando pela aplicação do princípio constitucional da seletividade¹⁰² (art. 194, III, da Constituição Federal), ou certa interpretação que se lhe dá, pela concepção de que os sistemas previdenciários devem primar pelo equilíbrio financeiro-atuarial (artigos 40 e 201, da Carta Magna) e, finalmente, reconfigurando a interpretação da *regra da contrapartida* (art. 195, § 5º), direcionada precipuamente ao legislador ordinário, não aos órgãos julgadores.

¹⁰² O princípio da seletividade não se contrapõe ao princípio da universalidade, mas o complementa. Não corresponde à exclusividade do legislador na definição das contingências protegidas pela estrutura previdenciária, mas apenas na definição de um patamar mínimo de proteção, pautado pela ideia de justiça distributiva, sempre cabendo a flexibilização, na esfera judicial, dos critérios fixados pelo Poder Legislativo (SAVARIS, 2011: 238).

Outra vertente que encontramos nesse campo é a restrição do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento no ramo previdenciário, ficando a proteção previdenciária destinada tão somente àqueles que sejam filiados e seus dependentes, sempre a depender do recolhimento de contribuições, assemelhando de certa forma a cobertura previdenciária ao seguro privado (LEITÃO, 2012: 40-47, 107-109). Uma leitura que fulmina a ideia de proteção social considerada como direito fundamental decorrente da noção de cidadania, conforme já expusemos anteriormente, retrocedendo-a à mera concepção sinalagmática¹⁰³, ainda que mitigada.

O argumento econômico passa a ganhar cada vez mais espaço na argumentação jurídica, especialmente das Cortes Superiores, adquirindo contornos de *fundamento constitucional* (sobretudo a partir dos artigos 40, 195, § 5º e 201, da Constituição Federal), deixando de se tornar mera ponderação ou subjetivismo judicial (SAVARIS, 2011: 215). Passando a valer como vetor constitucional interpretativo das questões previdenciárias, a regra da contrapartida se contrapõe frontalmente ao viés da interpretação constitucional ampliativa de direitos examinado no tópico anterior.

Nesse segmento também encontramos o argumento de insuficiência orçamentária e da *reserva do possível*, muitas vezes destituídos de maiores cuidados conceituais em seu manejo por aqueles que participam da arena judicial previdenciária. Há desde aqueles ufanistas que ignoram completamente o argumento econômico até aqueles que praticam um verdadeiro terrorismo econômico, algo como a utilização do argumento de *estado de exceção* (AGAMBEN, 2007) na esfera econômica, a justificar o indeferimento de quaisquer novas pretensões previdenciárias.

Esta perspectiva economicista deve ser compreendida dentro de um momento histórico-político de alegada crise orçamentária e pautado pela adoção de uma agenda neoliberal que impõe, pelo menos desde o fim dos anos 1990, programas legislativos restritivos de direitos previdenciários (SAVARIS, 2011: 117-137).

¹⁰³ É tradicional na doutrina previdenciária a classificação da relação jurídico-previdenciária através da *teoria unitária* e da *teoria escisionista*. Na primeira modalidade defende-se a unidade entre a relação de custeio e seus reflexos previdenciários, com a concessão de benefícios; na segunda espécie, as relações de contribuição previdenciária e de prestação de benefícios e serviços sociais são cindidas, tornam-se independentes.

O utilitarismo/economicismo, na perspectiva de redução das despesas públicas e promoção da eficiência, desconsidera o sacrifício dos direitos de um indivíduo ou grupo minoritário de indivíduos, além de não levar a sério a distinção entre as pessoas (SAVARIS, 2011: 33, 54, 62-67, 111)¹⁰⁴. É sob esse viés que se compreende, ainda que devam ser refutadas, propostas que visam ao endurecimento do tratamento contributivo destinado aos segurados especiais, em particular o rurícola, tratados indevidamente por “inadimplentes” da Previdência Social (LEITÃO, 2012: 130-142).

A ênfase na repercussão econômica das decisões judiciais consagra a primazia da eficiência e implica perceber como externalidade negativa a formação de novos caminhos da proteção previdenciária através da realização judicial do Direito Previdenciário, posto que prejudiciais ao próprio sistema previdenciário como um todo, no presente e no futuro (SAVARIS, 2011: 209-210).

Em termos de hermenêutica jurídica, a visão economicista corresponde a um retrocesso em que o órgão julgador torna a ser considerado mera “boca da lei”, privado da faculdade de fazer evoluir o ordenamento jurídico. O critério economicista/utilitarista deveria ser substituído por uma racionalidade material/substantiva, atrelada aos fundamentos constitutivos da proteção social, ligados também a uma pauta axiológico-normativa, visando a solução do caso concreto (SAVARIS, 2011: 172-173, 260-263, 277, 290-302). Enfim, um caminho que rememorasse o sentido social das políticas previdenciárias (LEITE, 1981: 124-125).

Além disso, o crescimento sustentável da Previdência Social, não irracional e compatível com as cambiantes condições econômicas, depende de um diálogo aberto com os cidadãos bem informados. Porém, o que ocorre é a imprecisão quanto aos dados orçamentários da Previdência Social (e da Seguridade Social como um todo), a dificultar o debate qualificado desse tema, inclusive quando tal discussão chega à via judicial. A própria dificuldade de compreender o complexo mecanismo de custeio da Previdência

¹⁰⁴ Em advertência a essa postura, o mesmo autor adverte que “a adjudicação judicial previdenciária não pode, alheando-se dos fundamentos axiológicos-normativos que estruturam o sistema de proteção social, pautar-se por lógica utilitarista em que a avaliação do impacto econômico da decisão guarda preponderância sobre o exame das implicações humanas – sobre as pessoas afetadas – dela advindas” (SAVARIS, 2011: 198).

Social já enseja prejuízo a esse debate público/político a respeito do alcance da cobertura previdenciária (LEITE, 1983: 15, 84-85, 131).

Em contraponto ao argumento da escassez orçamentária existe a argumentação em torno da possibilidade orçamentária de manutenção e acréscimo da cobertura previdenciária¹⁰⁵, ao que se agrega a concepção mais filosófica de que os gastos públicos, inclusive previdenciários, ampliariam as potencialidades de desenvolvimento humano, na linha do que defendido por AMARTYA SEN (2010).

A discussão da perspectiva econômica dos direitos sociais (o mito dos *custos dos direitos*), na forma como é atualmente travada, apenas obscurece o fato de que se tem pela frente apenas um *sintoma*, sem se abordar a profunda estrutura social do fenômeno que é o Estado Social (LUHMANN, 2007: 47) - e, na medida do nosso interesse, do *conflito previdenciário*.

Trata-se, na verdade, de uma manifestação, com repercussões econômicas, da necessidade de **inclusão**, considerada esta como o acesso de toda população às prestações dos diversos subsistemas sociais. Deve-se considerar esse aspecto importante de inclusão política, consistente no reconhecimento da legitimidade das pretensões formuladas, ainda que não satisfeitas; é legítimo, dentro do Estado Social, buscar que pretensões venham a ser efetivos benefícios. Todos merecem atenção política (Idem: 50, 53-55), inclusive no âmbito previdenciário.

Por fim, é importante assinalar que a preocupação orçamentária é dificuldade *extrínseca* à Previdência Social (LEITE, 1983: 29-30). Não pode valer como fator de limitação, suprimindo a dimensão política da Previdência Social, isto é, sua qualidade de conquista essencial da sociedade, não apenas uma mera atribuição do Estado ou simples possibilidade financeira (DEMO, 1983: 113; LEITE, 1981: 19).

¹⁰⁵ Nesse sentido, defendendo a sustentabilidade econômico-financeira da Previdência Social, veja-se: CALCIOLARI, 2009; SERAU JR., 2012; BERWANGER (2010: 139-145), especialmente para uma análise crítica e verdadeira impugnação ao argumento de déficit da previdência rural, sob o argumento principal da ocorrência de grande evasão de contribuições previdenciárias nesse segmento.

2.5.2.3. Revisão da Teoria Geral do Direito e sua aplicação às demandas previdenciárias.

A Teoria Geral do Direito (TGD) é vinculada e foi elaborada a partir do Direito Privado, cuja lógica predomina sobre as estruturas jurídicas (FARIA, 1992, p. 82-84; MIAILLE, 2005: 18-20). Assim, a aplicação de muitas categorias da TGD causa incompatibilidades com a função e a estrutura dos direitos sociais, em particular os direitos previdenciários. Uma das discussões atuais da doutrina previdenciária, e que é um dos motores do conflito previdenciário, é a revisão de certos postulados da TGD em relação a este campo normativo.

Pensa-se, por exemplo, na flexibilização do conceito de *direito adquirido*¹⁰⁶, adotando-se a perspectiva dos *direitos expectados*¹⁰⁷ (BARROSO, 2012), à medida que as relações previdenciárias constroem-se ao longo de décadas e ensejam inúmeros deveres e expectativas para os segurados¹⁰⁸.

De acordo com a definição clássica de GABBA, direito adquirido é aquele que já se incorporou ao patrimônio jurídico do titular e a expectativa de direito as meras faculdades que ainda não ingressaram no patrimônio do sujeito à época do início da vigência da lei nova, sendo simples pretensões em relação às quais o sujeito nada pode fazer (BARROSO, 2012: 99-100).

Apenas os direitos adquiridos ou já constituídos gozam de proteção jurídica, inclusive de ordem constitucional. Os direitos ainda em formação, denominados meras expectativas de direitos, não são dotados de garantias jurídicas. Porém, em matéria

¹⁰⁶ Neste ponto, é importante registrar que certas classificações jurídicas são transmitidas como se fossem naturais, “dados” do sistema jurídico, mas se tratam sempre de categorias construídas racionalmente e, somente após é que adquirem esse status de naturalização (MIAILLE, 2005: 140-141). Parece ser o caso, aqui, do *conceito de direitos adquiridos*, que pode ser revisto.

¹⁰⁷ O autor desenvolve sua tese pensando nos regimes próprios de previdência destinados aos servidores públicos, mas pensamos, até em homenagem ao referido jurista, que essa estrutura teórica pode ser aproveitada igualmente em relação ao RGPS.

¹⁰⁸ FERNAND BRAUDEL (1965), em texto clássico, apresenta uma importante contribuição da História às demais ciências sociais. Demonstra o conceito de *duração social*, que possui tempos múltiplos e contraditórios na vida dos homens, destacando a dialética do *tempo breve* e do *tempo longo*. O primeiro tipo se refere ao indivíduo, ao acontecimento e ao cotidiano; o segundo modo de ver o tempo histórico se refere aos ciclos (econômico, de produção, de preços, aumento demográfico, etc.), às instituições (Igreja, Tribunais, etc.), às civilizações e estruturas. Os modelos sociais possuem duração variável conforme a realidade que registrem. Esse argumento se presta muito bem à análise do tempo em que se realizam as instituições e sistemas previdenciários, nunca episódicos ou eventuais, mas sempre longos no tempo.

previdenciária, esse panorama revela-se complexo e por vezes perverso. Segundo WALDRICH (2014: 74):

“Muito embora na expectativa de direito não haja direito constituído, quando o cidadão se vincula ao regime de proteção social, principalmente a proteção previdenciária, lhe é oferecido um rol de prestações e serviços. Nesta ocasião, o cidadão programa sua vida para alcançar os requisitos das prestações ora ofertadas. Mudar, no meio do caminho, de forma unilateral, os requisitos daquilo que foi ofertado no primeiro momento, certamente vai de encontro à confiança que o cidadão depositou no Estado, ferindo assim o princípio da boa-fé objetiva. Mesmo trazendo eventuais regras de transição, estas, ainda assim, mudam o ‘contrato inicial’ firmado na ocasião da filiação”

Os *direitos expectados* ficam a meio caminho entre os *direitos adquiridos* e as meras *expectativas de direitos*, sendo diferente de ambos. Visa proteger a segurança jurídica e a segurança social, tomadas em conjunto: “a despeito de não se constituírem em adquiridos, possuem um grau de consolidação que permite concluir sejam considerados direitos a adquirir direitos. Não se tratam de meras expectativas de direitos, mas direitos que já foram realizados ao longo do tempo” (BARROSO, 2012: 25).

Por tudo isso, devem ser protegidos os direitos expectados, ainda que de forma diferente dos direitos adquiridos, pois sua importância é diversa. Mas devem ter algum tipo de condicionamento jurídico, visto que possuem elevado grau de expectativa e grande possibilidade de se tornar direitos adquiridos. As próprias regras de transição se tornam direitos fundamentais e sua ausência pode ser considerada como omissão inconstitucional¹⁰⁹. Há inadequação das rupturas abruptas no regime previdenciário, constituído por relações de longo e sucessivo trato, sendo necessário esse ponto de equilíbrio atrelado às regras de transição (BARROSO, 2012: 101-102, 119-120).

As concepções de *direito adquirido* e *ato jurídico perfeito* advém do Direito Privado, onde as relações jurídicas são construídas geralmente através de simples atos ou negócios jurídicos, decorrentes, ademais, da autonomia da vontade das partes. Quando lidamos com categorias de direitos fundamentais sociais, cuja função e natureza são de instrumentos jurídicos capazes de propiciar adequada resposta a demandas e contingências

¹⁰⁹ O autor citado exemplifica sua teoria com as regras de transição vindas com as Reformas Previdenciárias praticadas pelas Emendas Constitucionais 20/98, 41/03, 47/05 e 70/12.

sociais, desdobrados em complexas políticas e serviços públicos (GOMES, 1975), a ideia de direito adquirido e de ato jurídico perfeito sofre naturais limitações e se sujeita a dificuldades de incidência.

Um exemplo onde se deu isso foi a pretensão de revisão dos benefícios de pensão por morte concedidos antes da edição da Lei 9.032, de 29.04.1995, a qual majorou o coeficiente de cálculo do benefício para 100% do salário-de-benefício (até a edição dessa lei, o valor das pensões por morte era inferior). Decidiu o Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de ofensa ao ato jurídico perfeito e impossibilidade de aplicação retroativa da lei indicada, com fundamento no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal¹¹⁰.

A despeito da adequação técnica da decisão proferida pelo Excelso Pretório, o tratamento jurídico conferido a essa situação foi de que, para a mesmíssima contingência social (morte do segurado arrimo de família) o valor dos benefícios de pensão por morte teria variação, para menor ou para maior, simplesmente pelo fato do óbito ter ocorrido em determinada data, antes ou depois da edição da Lei 9.032/95. Tal solução adotou critério meramente lógico-formal, pautado pela aplicação de um normativo conforme uma específica data, em detrimento da igualdade substancial entre os fatos sociais que buscam cobertura previdenciária (morte do segurado responsável pelo sustento de seus dependentes econômicos).

Também podemos indicar a dificuldade de aplicação do conceito de *ato jurídico perfeito* em matéria previdenciária, como ocorre na situação da *desaposentação*, em que há um enfrentamento em relação à possibilidade de desfazimento do ato de aposentação e, a partir de novas contribuições previdenciárias, a concessão de novo benefício (SERAU JR., 2012a).

¹¹⁰ Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal a questão, dentro da sistemática da repercussão geral:

“Questão de ordem. Recurso extraordinário. 2. Previdência Social. Revisão de benefício previdenciário. Pensão por morte. 3. Lei nº 9.032, de 1995. Benefícios concedidos antes de sua vigência. Inaplicabilidade. 4. Aplicação retroativa. Ausência de autorização legal. 5. Cláusula indicativa de fonte de custeio correspondente à majoração do benefício previdenciário. Ausência. 6. Jurisprudência pacificada na Corte. Regime da repercussão geral. Aplicabilidade. 7. Questão de ordem acolhida para reafirmar a jurisprudência do Tribunal e determinar a devolução aos tribunais de origem dos recursos extraordinários e agravos de instrumento que versem sobre o mesmo tema, para adoção do procedimento legal. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.” (RE 597389 QO-RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 22/04/2009, DJe-157 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009)

O instituto da coisa julgada, muito relevante na Teoria Geral do Direito, também é posto em xeque nessa perspectiva que sugerimos. A definitividade da coisa julgada é incompatível com a provisoriedade inerente aos benefícios por incapacidade, como a aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença¹¹¹ (SAVARIS, 2014: 71-73).

O próprio *princípio da legalidade* se encontra questionado nessa vertente do conflito previdenciário. Insurge-se contra a ideia de que toda a cobertura previdenciária estaria consignada unicamente na legislação já editada, não se podendo avançar para mais do que aquilo que estiver contido expressamente nas previsões normativas, sequer pela via da interpretação constitucional (SAVARIS, 2011: 240).

2.6. Insuficiência do Direito na sociedade moderna: raiz do conflito previdenciário.

A raiz mais profunda do conflito previdenciário, nas três perspectivas apresentadas, decorre da própria dificuldade ou insuficiência do papel do Direito na sociedade moderna e complexa. O processo de evolução social radicalizado nas últimas décadas afasta a concepção clássica de Direito, aponta sua inconsistência e incapacidade de exercer a função que desempenhou até então. Há sobrecarga do sistema jurídico e, conseqüentemente, do sistema judicial.

Na sociedade complexa ou pós-industrial há gigantismo do legislador (inflação legislativa¹¹²) e agigantamento também da Administração Pública e sua burocracia. O Legislativo não possui tempo e capacidade de prever uma disciplina suficientemente precisa em todos os vastos campos em que o Estado atua. A criação jurisprudencial do Direito, paradoxalmente, ao invés de diminuir, acaba por acompanhar esse crescimento de produção normativa verificado nos outros Poderes (CAPPELLETTI, 2008: 07-08). A atividade clássica do juiz (aplicação da lei) vem sendo superada pela tarefa de completar o arco monogenético, dentro de um fenômeno mais amplo de nomogênese compartilhada: além do Poder Legislativo há uma profusão de órgãos que produzem o Direito (MANCUSO, 2011: 68-71).

¹¹¹ Que podem ser revistos e cancelados, dentro de certos parâmetros e condições legais, quando alterado o quadro clínico e comprovada recuperação da capacidade laboral dos segurados aposentados ou afastados do trabalho, nos termos do art. 71, da Lei 8.213/91.

¹¹² Tendência a que se soma a característica brasileira de *nomocracia*, isto é, a pretensão de resolver os problemas através da edição de normas jurídicas (MANCUSO, 2011: 64).

A função promocional do Direito na sociedade pós-industrial estabelece programas políticos finalísticos e caracterizados por alto grau de abstração e generalidade. Os juízes são chamados a complementar esse modelo, no mínimo para controlar esse gigantismo burocrático e essa proliferada produção legislativa, através de moderno e mais adequado sistema de “*checks and balances*” (CAPPELLETTI, 2008: 08-12; 384-385; 2010: 65-68).

O processo de globalização econômica e tudo que está envolvido nesse conceito (crise do Estado-Nação; dificuldade de identificação precisa do sujeito de direito, visto agora como cidadão global ou cidadão do mundo, etc) afeta categorias fundamentais da Teoria Geral do Direito (FREITAS JR., MERINO, 2004: 16-23, 101). Afeta direta e especialmente a compreensão, estruturação e eficácia das normas jurídicas de direito sociais: embora os processos macroeconômicos sejam globais ou supranacionais, as necessidades e contingências sociais ainda permanecem locais.

Essa insuficiência do sistema jurídico (da lei, do Direito e dos Tribunais) está inserida em um contexto mais amplo, identificado pela Filosofia como o esgotamento da *razão* no mundo contemporâneo, ou, em outras palavras, o esgotamento da própria Modernidade e advento da pós-modernidade (FARIA, 1992: 134-140), conforme vislumbrado por autores dos mais diversos perfis: LUHMANN, HABERMAS, LIPOVESTKY, BAUMAN, BECK, dentre outros, em suas respectivas e variadas vertentes.

A chamada pós-modernidade põe a nu a questão de que a sociedade moderna perdeu a confiança na correção das autodescrições de si mesma. A sociedade moderna não se caracteriza por leis naturais ou princípios racionais; há uma carga informativa infinita que a análise social pretende ver reduzida ao finito, embora isso não seja possível. Há necessidade de distinção semântica e estrutural da sociedade moderna¹¹³ de suas antecessoras. O que se considera genericamente como pós-modernidade (a falta de descrição unitária do mundo ou de uma razão vinculante para todos) nada mais é do que o

¹¹³ Essa descrição insuficiente da sociedade moderna, na visão de LUHMANN (1997: 18), produz “clichês” como as concepções de “sociedade do risco” ou “sociedade da informação”, igualmente incompletas e insuficientes.

resultado/produto das condições estruturais da sociedade moderna. Não há nenhum pensamento concludente, nenhuma autoridade, não há posições a partir das quais a sociedade possa ser descrita de modo vinculante para os outros (LUHMANN, 1997: 09, 13-14, 17, 41).

As inúmeras possibilidades comunicativas do sistema jurídico que existem na sociedade complexa indicam o esgotamento da fórmula da universalidade, generalidade e abstração da norma jurídica. Sempre haverá espaço e necessidade de inovação perante as informações sociais vindas do entorno, especialmente a variedade de expectativas sociais que se apresentam ao Direito.

Esse quadro social extremamente complexo e permissivo de altíssima variabilidade social impõe grandes dificuldades à regulamentação jurídica. Além deste contexto, há também fatores internos ao sistema jurídico (e ao funcionamento dos Tribunais) a tornar ainda mais complexa a leitura “jurídica” da sociedade. FARIA (1992: 24, 34-35, 54-58, 173-174) sumariza esses elementos:

- a) Inflação legislativa, que ocorre de modo muitas vezes desordenado e antinômico, produzindo um verdadeiro Direito “geológico”;
- b) Passagem da produção normativa do Legislativo ao Executivo;
- c) Ampliação dos direitos sociais, a exigir maior atuação do Poder Executivo na construção e manutenção de serviços e políticas públicas;
- d) Incapacidade de aplicação da racionalidade jurídico-formal a uma engenharia social cada vez mais atomizada;
- e) A utilização de fórmulas fixas e paradigmáticas, que costumam deixar pouco espaço às variações individuais, distanciando o direito da realidade.

Estas características se aplicam com perfeição ao **conflito previdenciário**: uma legislação cada vez mais abundante, um emaranhado de normas das mais variadas hierarquias a formarem esse extrato “geológico” e desordenado, buscando dar vazão às novas exigências por direitos sociais e à correlata e necessária atuação do INSS, muitas vezes contraditória, omissa ou ineficiente.

É consenso que o regime jurídico previdenciário é complexo e instável, sendo esse um dos fatores reconhecidos como causa externa à controvérsia previdenciária: uma profusão de regras, falta de clareza e instabilidade normativa. Esse cipoal normativo é ilustrado pela edição, entre os anos de 2000 e 2006, de 459 leis ordinárias com impacto direto ou indireto na Previdência Social; no âmbito administrativo previdenciário, pela verificação da existência de 760 atos normativos, dos mais variados tipos (Decretos, Portarias, Instruções Normativas, Resoluções), editados entre 1992 e 2010 (GABBAY; CUNHA, 2013: 63-66).

O Direito Previdenciário brasileiro produz ou é caracterizado por verdadeiras *zonas cinzentas regulatórias*. Esse fenômeno pode ser vislumbrado na oscilação legislativa entre a constitucionalização dos direitos sociais e a promulgação posterior de leis a regulamentá-los, suscitando conflitos de interesse entre segurados e administração previdenciária nesse hiato, especialmente pela autarquia previdenciária ter se valido, primordialmente, pelo conteúdo de suas próprias instruções normativas, nem sempre compatíveis com o discurso constitucional (GABBAY; CUNHA, 2013: 73).

Essa zona cinzenta também é verificada pela ambiguidade interpretativa dos enunciados legais. O cenário normativo não é suficientemente compreendido sequer pelos agentes públicos responsáveis pela concessão dos benefícios na esfera administrativa, o que reforça a possibilidade do conflito previdenciário em virtude de interpretação jurídica mais favorável aos segurados. A coroar essa imprecisão quanto ao conteúdo da normatividade previdenciária assinala-se a instabilidade de entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores em relação à temática previdenciária (GABBAY; CUNHA, 2013: 73, 84).

O fenômeno de *inflação legislativa* deve ser compreendido em um quadro mais amplo, onde se vislumbra o Estado de Bem Estar Social em processo de autodissolução, pois não se pretende, hoje, unicamente como mecanismo de compensação às consequências negativas da industrialização, como no século XIX: incorporou outras

inúmeras demandas e pretensões sociais e esse processo retroalimenta esse aumento de pretensões de demanda¹¹⁴ (LUHMANN, 2007: 31).

Além do aspecto de inflação normativa, verifica-se incontestemente *delegação de poderes normativos ao Poder Executivo*, havendo normas jurídicas criadas por anônimos colégios de burocratas (CAPPELLETTI, 2008: 21-22). A própria estrutura e funcionamento do Estado Social parecem realmente depender do estabelecimento e atuação de uma certa estrutura burocrática, que condiciona o exercício dos direitos por parte dos cidadãos. Os problemas resultariam da existência de excesso de condicionamentos sem motivação racional (LUHMANN, 2007: 111-112).

No caso brasileiro, nossa história recente registra que a produção normativa tem como espaço de primazia o Poder Executivo, muitas vezes à revelia dos processos parlamentares (SANTOS, 1978: 80-81). A produção normativa previdenciária é herdeira dessa concepção de criação do Direito.

O quesito da *utilização de fórmulas fixas*, a partir de conceitos abstratos também suscita muita controvérsia na aplicação da norma previdenciária. Há um sem número de situações fáticas de difícil subsunção às previsões normativas previdenciárias (dependência econômica, incapacidade laboral, hipossuficiência, prova do tempo de trabalho desempenhado na informalidade, etc.), a demandar outro ferramental de interpretação jurídica.¹¹⁵

Nesse sentido, BANKOWSKI (2011: 52-54) fala da “ansiedade” causada no julgador pelas particularidades do caso e, disso, a necessidade de domesticá-las dentro do sistema jurídico. Ao mesmo tempo, esse autor sublinha que as universalidades jurídicas (normas gerais e abstratas) obscurecem e mesmo negam as particularidades, e por isso a adoção de regras gerais equivale a uma covardia – ao invés do risco inerente à tomada de decisão no caso concreto.

¹¹⁴ Entretanto, esse argumento do aumento descontrolado de demandas direcionadas ao Estado Social talvez sirva apenas para os países europeus, de capitalismo avançado. Acreditamos que no Brasil a estrutura de proteção social ainda se encontra buscando dar conta das demandas sociais mais básicas da população.

¹¹⁵ E aqui talvez nos encaminhemos para o que o prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr. denominou de *hermenêutica reflexiva*, que é aquela que diz respeito à singularidade dos casos, às demandas pontuais, diante da incapacidade do Direito de a tudo prever e normatizar (na linha de TEUBNER, com seu “Direito Reflexivo”).

O parâmetro de subsunção que caracteriza o positivismo jurídico é fruto da transposição dos métodos das ciências naturais, em voga no século XIX, para o Direito, prevalecendo até os dias atuais. Trata-se de uma explicação causal e uma modelação finalista das situações sociais (WIEACKER, 2004: 652-653; no mesmo sentido, e tratando especificamente de matéria previdenciária: SAVARIS, 2011: 228-229). Porém, esse modelo idealista acaba proporcionando uma grande distinção entre o conteúdo da norma e a estrutura da realidade, em última instância o rompimento entre *ser* e *dever-ser*, (LARENZ, 2009: 182-190)¹¹⁶. Produz-se uma ciência jurídica formalista que é absolutamente independente dos conflitos que agitam os homens: de um lado a ciência-verdade, de outro, os conflitos ideológicos, e o edifício jurídico é compreendido e transformado em simples jogo de construção de normas e imperativos abstratos (MIAILLE, 2005: 296-297).

Segundo FRANÇOIS GÉNY (1925: 123, 127-128) consiste “en el empleo de *concepciones puras*, desarrolladas mediante una *lógica enteramente abstracta* y consideradas como instrumentos necesarios de fecundación de los textos legales o de elaboración de ideas jurídicas independientes”. E isso gera problemas: “los verdaderos excesos, por consiguiente, del método em vigor que debo caracterizar antes de combatir, son: de um lado, *objetivación absoluta e inmutable de las concepciones*; de outro, y por una consecuencia necesaria, *limitación apriorística de categorías jurídicas*”.

Conforme FREITAS JR. e MERINO (2004: 107), “a gramática de nossa cultura jurídica está a depor contra as possibilidades cognitivas da experiência”, destacando-se a “incapacidade de compreender e avaliar fenômenos dentro de marcos conceituais e de categorias teóricas pelos quais nos habituamos a recebê-los e reproduzi-los, acreditando-os aptos a ordenar o desconhecido, a reger condutas em conta de pauta de valores, e a estimar cenários de possibilidade numa atmosfera de preditibilidade razoavelmente defensável”.

¹¹⁶ O paradigma científico do Direito ainda se encontra atrelado a um *positivismo transcendente*, que se coloca como a mera positivação de m direito natural inerente ao homem, integrante de sua personalidade e imutável e universal, de modo que a lei e a ordem passam a ser os valores naturais básicos que se deve preservar. Quando se supera esse paradigma ligado ao direito natural, adota-se paradigma científico radicalmente oposto, um positivismo normativista, de inspiração kelseniana, que considera o Estado como fonte central do Direito e a lei como sua única expressão, formando um sistema formalmente coerente (FARIA, 1992: 85-87).

MIAILLE (2005: 37-38, 46-47, 57-62) aponta diversos obstáculos epistemológicos (impedimentos invisíveis e inconscientes à produção de conhecimento) presentes na ciência jurídica: a) a *falsa transparência do Direito*, ligada ao positivismo jurídico; b) o *idealismo das explicações*, que muitas vezes produz remissões genéricas a ideais de justiça, deixando de lado os fatos concretos da vida social, que passam a ser submetidos a esquemas de pensamento ideais, sem ressonância com o quadro social; c) compartimentalização do conhecimento.

O idealismo jurídico muitas vezes representa um universalismo a-histórico, senão mesmo um eurocentrismo disfarçado. É apenas o direito atual que possui as características de abstração e generalidade, pois ligado ao modo de produção capitalista. Nas sociedades arcaicas o sistema jurídico era mais compartimentado, fundado na casuística e na situação individual (MIAILLE, 2005: 53-54, 96).

Esse padrão jurídico-positivista, calcado no formalismo¹¹⁷ e na distância da realidade (MIAILLE, 2005: 23), resulta em uma sistemática de instrução probatória, nos âmbitos administrativo e judicial, que muitas vezes retorna a um padrão medieval de valoração numérica das provas (CAPPELLETTI, 2008: 313-315, 320)¹¹⁸. Porém, o contexto social típico daqueles envolvidos no conflito previdenciário não apresenta condições de corresponder a estes *milimétricos e matemáticos* requisitos legais (SAVARIS, 2008).

¹¹⁷ Convém destacar que não há consenso sobre o termo formalismo jurídico, existindo diversas de suas manifestações: a) formalismo dissimulador ou metodológico, onde o aplicador do direito tenta ocultar as determinantes de sua decisão, sem justificá-la, indicando-a como a única possível no direito vigente; formalismo estrutural ou legalismo, onde a resposta certa supostamente é simplesmente deduzida do texto legal, sem interferência do julgador – a aplicação da lei seria uma mera subsunção (DIMOULIS, 2011: 218-222).

¹¹⁸ O sistema da prova legal, segundo CAPPELLETTI (2008: 364-365), não é somente reflexo e cristalização, no campo processual, de uma estrutura hierárquica e não igualitária – a superioridade do aristocrático, do eclesiástico, do rico sobre o pobre-; mas era, igualmente, o reflexo direto e a imposição normativa do pensamento apriorístico formal, escolástico. Em suas próprias palavras: “Este método baseava a verificação da verdade não na observação direta e na valoração empírica, caso a caso, dos fatos e das provas, mas, isto sim, em premissas abstratas, aceitas, de uma vez por todas, como absolutas, das quais a “verdade” deveria ser deduzida de maneira puramente lógica e mecânica. Este método “ptolomaico” de pensar correspondia, na verdade, à mentalidade da época; estava, fielmente, refletido no procedimento judicial. Todos sabem daquela grande revolução intelectual, guiada pelos pioneiros do espírito como Galileo, Bacon, Newton que introduziram no pensamento humano a era que hoje chamamos moderna, caracterizada pela supremacia da observação direta, do método do ‘provando e reprovando’ – em suma, do método “científico”, contraposto àquele dogmático e escolástico.”

Emerge a necessidade epistemológica de adoção de uma *lógica concreta* ou *dialética*: “construída sobre a experiência do cotidiano, da contingência, do incerto e do provisório, a lógica jurídica já não tem as certezas da lógica matemática de onde nasceu a lógica moderna. É o que se pode chamar de uma lógica de controvérsia: encontrar ‘uma solução ajustada à natureza das próprias coisas, às situações peculiares, motoras da causa’” (MIAILLE, 2005: 182-183).

Diante desse quadro geral de insuficiência do Direito na sociedade moderna, verifica-se que a legislação previdenciária, produzida essencialmente no período industrial ou destinada a remediar as mazelas do modelo econômico industrial, apresenta sinais de puro esgotamento para lidar com a sociedade de formato pós-industrial¹¹⁹ (PASSOS, 2013). Por conta da globalização e da forte concorrência internacional, que introduziram grandes mudanças nas relações laborais, a força de trabalho se encontra cada vez mais na informalidade ou em situações precárias.

A erosão do modelo ou paradigma fordista de organização empresarial, caracterizado pela generalidade e gigantismo organizacional, pela complexidade dos sistemas hierárquicos internos e ambição de autossuficiência no suprimento da cadeia produtiva, dá lugar a um itinerário marcado pela fragmentação e pela dispersão em unidades produtivas autônomas, dotadas de crescente vocação para a especialidade e otimização de resultados gerenciais, em um cenário de competitividade internacional. A esse fenômeno somam-se outras estratégias/técnicas gerenciais, como a terceirização, o *downsizing*, as ideias de qualidade total e *just in time production*, dentre outras. Nesse quadro, muitas das etapas produtivas e de serviços migraram de regiões situadas em economias centrais para países de economias periféricas ou semiperiféricas do capitalismo, com as consequências de debilitar o poder sindical, gerar ou aumentar o desemprego estrutural, além da estagnação do número de postos de trabalho disponíveis nas indústrias¹²⁰ (FREITAS JR., 2011: 176-178; DE GIORGI, 2006a: 89-90, 93).

Esse quadro dificulta a cobertura dos sistemas de proteção social (NEVES, 1993: 19). A diferenciação produzida pelo pós-fordismo entre ocupação produtiva e

¹¹⁹ Na realidade uma sociedade hiperindustrial, no dizer de ALAIN TOURAINE (1985).

¹²⁰ Para uma análise estrutural mais aprofundada desta questão, inclusive dos impactos na teoria jurídica dos direitos sociais, veja-se: FREITAS JR. (1999), *O Direito do Trabalho na Era do Desemprego*.

emprego, que deixam de ser expressões sinônimas, exclui do gozo da cidadania massas crescentes de sujeitos privados do emprego em sua concepção fordista, pois o reconhecimento do direito à cidadania, à inclusão e à renda ainda se encontra subordinado a um conceito de trabalho como emprego que não mais possui suporte material (DE GIORGI, 2006a: 93-95).

A Previdência Social, mesmo após as reformas ocorridas nas duas últimas décadas, ainda não se adequou a essa nova situação, havendo baixa cobertura desse segmento (trabalhadores informais, trabalho flexibilizado, etc.), a qual é compensada através da concessão de benefícios assistenciais (MESA-LAGO, 2004: 50).

Há vastos setores da sociedade que estão fora da hierarquia do emprego formal e monetarizado. Não somente as pessoas que ocupam o trabalho informal ou precarizado, mas também as mulheres que exercem o trabalho doméstico (cuidados do lar, das crianças e dos velhos), cuja remuneração é sobretudo não-pecuniária (mas através de capital humano, real, social e cultural) durante longas etapas da vida, o que demonstra a inadequação de um sistema previdenciário pautado exclusivamente na acumulação de reservas (NITSCH, 2004: 212-213).

Há grande dificuldade de estabilizar a legislação previdenciária diante do dinamismo social, especialmente a fluidez dos problemas e necessidades sociais e a crescente interdisciplinaridade da Seguridade Social em face da Economia, da Sociologia, dentre outras ciências. Porém, toda norma jurídica, de qualquer segmento do Direito, deve ser adaptável às necessidades variáveis da população (NEVES, 1993: 12-14, 36-41).

Embora as prestações previdenciárias sejam por definição padronizadas, estabelecidas genericamente para um beneficiário-tipo, as contingências (eventualidades protegidas por expressa previsão legal) não apresentam os mesmos efeitos em todas as pessoas, em função da diversidade de suas condições de vida. Disso decorre a necessidade de uma concepção mais flexível de prestações previdenciárias¹²¹ (NEVES, 1993: 39-40, 76).

¹²¹ Pensando na realidade portuguesa, ILÍDIO DAS NEVES (1993: 122-123) sugere a necessidade de flexibilização da aposentadoria por idade, a fim de dar conta das necessidades atuais daquele país: várias

Ilustraremos nossa argumentação com alguns exemplos importantes em matéria previdenciária.

A previsão normativa a respeito da aposentadoria especial continua atrelada à conformação das atividades industriais, sem compatibilidade com os desgastes excessivos à saúde típicos da sociedade pós-industrial (PASSOS, 2013: 111).

Também o novo papel da mulher na vida familiar e no mercado de trabalho não é devidamente contemplado pelos benefícios previdenciários, ainda presos a um molde de uma antiga sociedade, mostrando-se insuficiente, em particular, o benefício do salário-maternidade (PASSOS, 2013: 124-134).

Em relação aos benefícios devidos em razão de incapacidade laboral (aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente) um requisito essencial é a inviabilidade de continuar trabalhando. Porém, é notável a assimetria entre as previsões normativas e a prática administrativa, de um lado, e a realidade laboral, de outro. Há um forte conflito interpretativo a respeito da constatação da *invalidez*.

Conflitam o prisma lógico-formal que admite apenas a constatação *clínica* da incapacidade laborativa, com outras perspectivas que consideram um conceito não apenas médico, mas, sobretudo, jurídico de incapacidade, utilizando para sua aferição outros dados relevantes: idade avançada, grau de escolaridade e experiência profissional, empregabilidade e possibilidade de inserção no mercado de trabalho, conjuntura econômica do mercado de trabalho, etc. (PASSOS, 2013: 85).

O benefício da aposentadoria por invalidez, e os demais que decorrem da incapacidade laboral, não são mais benefícios destinados aos homens de mais idade com problemas cardíacos ou osteomusculares, como ocorreu no início da legislação previdenciária, voltada aos problemas derivados da industrialização. Além disso, há significativo aumento das doenças ocupacionais – a incapacidade laboral não decorre apenas dos acidentes de trabalho (PASSOS, 2013: 104-108).

faixas de idade; aposentadoria proporcional; conjugação da idade com o tempo de contribuição; possibilidade de cumula da aposentadoria com remuneração, etc.

O conceito de incapacidade, na sociedade moderna, não se vincula unicamente à idéia de incapacidade física para esforços e locomoções, sendo mais relevantes as questões de analfabetismo funcional e possibilidade de colocação no mercado de trabalho. Deve-se dar mais atenção a esses elementos de ordem político-econômica, ligados à inovação tecnológica e complexas alterações empresarias, os quais tornam o mercado de trabalho altamente excludente, especialmente para os trabalhadores menos qualificados (PASSOS, 2013: 155, 176).

O ato pericial, para dar conta dessa realidade nova e complexa, não pode se esgotar na avaliação de funções e estruturas do corpo. A OMS – Organização Mundial da Saúde, em 2001, em sintonia com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, homologada pela ONU em 13.12.2006, editou a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), onde congrega a avaliação do indivíduo com as barreiras sociais que impeçam sua participação em sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas; uma evolução do modelo médico para o modelo biopsicossocial (CAETANO COSTA, 2013a: 226-228).

Deve-se considerar, também, as doenças de fundo psicológico, que ainda não são adequadamente albergadas na legislação previdenciárias e, muito menos, recebem devido tratamento no âmbito administrativo do INSS. É notório o aumento de jovens adoecendo precocemente, especialmente de doenças psíquicas com enorme proporção, inclusive doenças novas como a síndrome de *burnout* (CAETANO COSTA, 2013a: 208; BRAIT, 2014).

Em relação ao benefício assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, tem-se outra hipótese onde se instalou grande conflito hermenêutico. A regulamentação desse direito fundamental, a cargo da Lei 8.742/93, acarretou inúmeros problemas, pois o condicionou a um critério meramente matemático, pautado pela hipossuficiência unicamente caracterizada com a apuração de salário *per capita* familiar mensal inferior ou igual a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Contudo, outras interpretações são possíveis. Utilizando-se, por exemplo, o ferramental teórico desenvolvido por AMARTYA SEN (2012: 120), verifica-se a

insuficiência do critério meramente matemático adotado pela legislação brasileira para aferição de pobreza, o qual deveria ser examinado à luz da privação das mais diversas oportunidades sociais.

A incapacidade desse critério matemático adotado pela legislação, e possivelmente da própria concepção dessa política pública é realçada quando nos deparamos que sua elaboração se dá dentro de um modelo de *pobreza estrutural*¹²², onde as ações estatais são ineficazes a eliminar as raízes da pobreza e insuficientes a afastar seus efeitos (SANTOS, 2000:69-74).

Quanto à cobertura previdenciária do trabalhador rural, em particular o bóia-fria, há longo tempo se reconhece a dificuldade de regulamentação legal dessa categoria social, bem como a dificuldade de comprovação do tempo de serviço, com implicações de prejuízo à sua proteção trabalhista e previdenciária (FREITAS, 1976). Reconhece-se que ainda trabalham em condições pré-capitalistas¹²³, de difícil mensuração em dinheiro, o que torna difícil a aplicação das leis sociais¹²⁴ (BORZUTSKY, 1986: 351-352).

Outro exemplo é a flexibilização da regra contida no art. 15, § 2º, da Lei 8.213/91, que estabelece o Plano de Benefícios da Previdência Social. O referido preceito

¹²² MILTON SANTOS (2000: 69-74), sugere que os países subdesenvolvidos passaram por três estágios de pobreza. Inicialmente, uma *pobreza incluída*, acidental, residual ou sazonal, sem vasos comunicantes com os demais segmentos da sociedade. Em segundo momento, conhece-se a *marginalidade*, pobreza produzida pelo processo econômico da divisão do trabalho, internacional ou interna, a qual se admitia pudesse ser corrigida por obra dos governos, especialmente através de fórmulas políticas do tipo *welfare state*. Em terceiro lugar aparece a *pobreza estrutural*, que não é local nem nacional, mas globalizada, presente em todo o mundo, em decorrência do modelo econômico e tecnológico em vigor, mas de produção deliberada, através da retirada do Estado de suas funções sociais. Pobreza então naturalizada, produtora de um exército de *excluídos* de que a ação governamental é inábil para resgatar.

¹²³ É a forma de trabalho típica da produção rural do regime de economia familiar o elemento central que justifica o tratamento constitucional diferenciado ao segurado especial (BERWANGER, 2014: 27). É o que dispõe o art. 195, § 8º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/98, o qual não dispensa ser interpretado à luz do art. 194, inciso II, que trata da equivalência de tratamento securitário entre populações urbana e rural:

“§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei”.

¹²⁴ Agregue-se a esse quadro a constituição histórica das relações no campo, no Brasil, derivadas da escravidão indígena e negra, seguida da utilização de mão de obra europeia com os colonos europeus em regime semisservil, sempre tendo a parca legislação que se preocupou com o trabalho rural se voltado para a proteção dos proprietários de terras e nunca com o trabalhador rural, objeto de deveres e quiçá de punições (BERWANGER, 2014: 32; no mesmo sentido: MOURA, 1991: 12).

amplia o *período de graça* (momento em que não há recolhimento de contribuições mas é mantida a qualidade de segurado) nas hipóteses de desemprego involuntário. A exigência formal de registro da condição de desemprego no Ministério do Trabalho, prevista textualmente naquela norma, é afastada, admitindo-se também outros meios de prova da situação de desemprego involuntário¹²⁵.

Todos os exemplos listados são suficientes a demonstrar o argumento conclusivo desse Capítulo: o direito, em seu formato tradicional, é incapaz, na modernidade, de disciplinar plenamente a todas as complexas relações sociais existentes. A insuficiência da lei abre espaço, paradoxalmente, a novas interpretações do Direito e novas perspectivas e expectativas normativas.

No campo do Direito Previdenciário, essas expectativas outras acerca do conteúdo encampado pelo sistema jurídico suscitam aquilo que denominamos conflito previdenciário, nas três vertentes sobre que discorreremos ao longo deste Capítulo.

¹²⁵ Veja-se, a título de confirmação desse posicionamento, este importante precedente, proferido em Incidente de Uniformização da jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização em relação ao entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. ART. 15 DA LEI 8.213/91. CONDIÇÃO DE DESEMPREGADO. DISPENSA DO REGISTRO PERANTE O MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO DE DESEMPREGO POR OUTROS MEIOS DE PROVA.

1. Conforme o art. 15, II, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91, é mantida a qualidade de segurado nos 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, podendo ser prorrogado por mais 12 (doze) meses se comprovada a situação por meio de registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

2. Segundo entendimento da Terceira Seção desta Corte, a ausência de registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá ser suprido quando for comprovada a situação de desemprego por outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal.

3. Demonstrado na instância ordinária que o segurado era incapaz para o desempenho de qualquer atividade, bem como seu desemprego, é possível a extensão do período de graça por mais 12 meses, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei n. 8.213/1991. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido.”

(AgRg na Pet 8.694/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 09/10/2012)

CAPÍTULO 3 – Panorama atual da resolução de conflitos.

O capítulo 3 cuida de expor, em linhas gerais, os mecanismos de resolução de conflitos, o acesso à justiça e sua crise numérica e qualitativa, bem como as modalidades de resolução alternativa e consensuais de conflitos, preparando as bases teóricas da discussão sobre os mecanismos adequados de resolução do conflito previdenciário, objeto central desta tese, debatidos no último capítulo.

3.1. Mecanismos de resolução e tratamento adequado de conflitos.

Os Estados modernos consolidaram a crença na solução jurisdicional dos conflitos. A história da jurisdição estatal é a história do próprio Estado Moderno, pois à medida que ocorreu a concentração de poder político ocorreu também a criação do monopólio da jurisdição, afastando as demais modalidades de solução de controvérsias, as quais passaram a ser somente toleradas pelo ordenamento jurídico¹²⁶ (LORENCINI, 2009: 603-608; MANCUSO, 2009: 48-49).

Mas isto não é uma relação necessária. Cada sociedade desenha o quadro de métodos de resolução de conflitos conforme suas expectativas a respeito de segurança, justiça, forma e violência (SILVA, 2012: 02-03). Os conflitos podem ser limitados e controlados por formas institucionais (acordo coletivo, sistema judicial), atores sociais (mediadores, conciliadores, árbitros, juízes, policiais), por normas sociais (equidade, justiça, bem-estar, não-violência, integridade da comunicação), regras de negociação ou por procedimentos específicos (sessões públicas ou confidenciais, p.ex.). Existem, portanto, várias formas sociais de trato do conflito (DEUTSCH, 1973: 377).

¹²⁶ Porém, a concentração de atenção em torno da jurisdição transmite a falsa ideia de que a solução de todos os conflitos passa, necessariamente, pela via jurisdicional, sendo a sentença estatal a panaceia. A ideia de “monopólio” da jurisdição como prerrogativa exclusiva de resolução de conflitos nas mãos do Estado não passa de um mito, pois a seu lado coexistem inúmeros outros órgãos, administrativos e mesmo de origem na sociedade civil para tal finalidade (MIAILLE, 2005: 229-230). No caso da defesa dos direitos fundamentais, SCHWARZ (2013: 74) indica a existência de diversos órgãos de controle externo, que não o sistema judicial: tribunais de contas, ouvidorias, serviços de proteção aos consumidores, *ombudsman*, procuradorias da cidadania e conselhos populares. Esses órgãos são dotados de típicas funções de controle político, através da emissão de informes e recomendações frente às denúncias de violações a direitos fundamentais, podendo, eventualmente, fiscalizar o emprego de recursos públicos e propor ações judiciais.

Os meios de resolução de conflitos podem ser agrupados em três modalidades: a) os meios unilaterais de prevenção ou resolução de controvérsias, como a autotutela ou autodefesa, assim como a renúncia, a desistência, a confissão e o reconhecimento do pedido; os meios bilaterais ou policêntricos, a saber: b) autocomposição, quando os próprios interessados resolvem o conflito, como a partir dos mecanismos de mediação e conciliação; e c) heterocomposição, quando a solução não é diretamente alcançada pelos próprios interessados, como é o caso da jurisdição estatal ou de órgãos paraestatais, como arbitragem, o *juiz de paz* e as Comissões de Conciliação Prévia nos conflitos trabalhistas (TARTUCE, 2008: 37-86; MANCUSO, 2009: 183-282).

No Brasil predomina a solução adjudicada dos conflitos, por meio da sentença judicial (“cultura da sentença”¹²⁷), o que, diante da tão alegada crise judiciária, faz aflorar a necessidade de outros mecanismos de solução de conflitos, especialmente pela forma consensual (WATANABE, 2011: 04-05).

Embora no sistema jurídico o processo civil detenha a primazia dentre os mecanismos de solução de controvérsias, há amplo panorama de mecanismos de solução de conflitos (TARTUCE, 2008: 86-90). Assim, o acesso à justiça não deve ser confundido com acesso à via jurisdicional; a garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV) não equivale ao direito de ação, mas à ordem jurídica justa, isto é, existem diversos mecanismos de solução de controvérsias, dos quais um despontará como o mais adequado ao conflito em tela (WATANABE, 2011: 04; MANCUSO, 2009: 53-54).

Há expressivo movimento doutrinário que cogita reduzir o alcance da cláusula do acesso à justiça prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, limitando o acesso ao Poder Judiciário¹²⁸, que se converteria apenas em *cláusula de reserva* ou mecanismo apenas subsidiário dentro de um contexto bem mais vasto de técnicas de resolução de conflitos sociais (MANCUSO, 2012: 140-148).

¹²⁷ Não se pode deixar de mencionar que o excesso de litigiosidade previdenciária não é essencialmente causado pelos particulares, supostamente movidos por incitamento de advogados mais agressivos, mas por ações e omissões estatais (BOCHENEK, 2013: 273), conforme já tivemos oportunidade de discutir neste trabalho.

¹²⁸ Essa posição doutrinária (MANCUSO, 2012: 140-145) vislumbra uma leitura exacerbada do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que implica em uma ligação direta entre a controvérsia e o *fórum*, exagerando a visualização do acesso ao processo como expressão da cidadania. Em sua visão, o referido dispositivo constitucional careceria de releitura, interpretando-se como manifestação da cidadania a participação dos cidadãos em mecanismos de resolução consensual dos conflitos.

O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não estaria a garantir o direito à demanda, mas apenas a evitar que o legislador, de *lege ferenda*, subtraísse do Poder Judiciário a possibilidade de apreciação de violações ou ameaças a direitos, sendo que tal atribuição não lhe seria, abstratamente, exclusiva (MANCUSO, 2011: 195-196).

Conforme MANCUSO (2011: 22), “a *jurisdição*, tradicionalmente conectada à prestação outorgada pelo braço judiciário do Estado, (...) hoje está defasada e é insuficiente, cedendo espaço à concepção pela qual o Direito á de se ter como realizado, não, *sic et simpliciter*, pelo fato de um texto ser aplicado a uma controvérsia pelo Estado-juiz (*da mihi factum dabo tibi jus*), mas sim quando um conflito resulte efetivamente prevenido ou composto em modo justo, tempestivo, permanente, numa boa equação entre custo e benefício, seja por meio de auto ou heterocomposição, neste último caso pela intercessão de um órgão ou agente qualificado, mesmo não integrante dos quadros da Justiça oficial e, em alguns casos até preferencialmente fora dela”.

O contorno ideal da prestação jurisdicional indica que deva ser *substitutiva*, *subsidiária* e *residual*¹²⁹, reservando-se apenas às crises jurídicas complexas, relevantes, que demandem cognição ampla e exauriente, bem como as controvérsias refratárias às ou insuscetíveis de resoluções por outros meios, que não os judiciais, em virtude de peculiaridades de pessoa ou matéria (MANCUSO, 2011: 32). Campo que SALLES (2011: 92-95) denomina de *reserva de jurisdição*, isto é, um espaço onde não pode ser afastada a resposta judicial, único meio viável para a produção de efeitos jurídicos válidos em certos casos, sendo necessária a *passagem judiciária* - tomando por empréstimo a expressão de RODOLFO MANCUSO.

Trata-se de delimitar a *prioridade*, mas não a *centralidade* da jurisdição: a tutela jurisdicional dos direitos é uma atividade constitucional necessária, que o legislador ordinário não pode restringir ou eliminar, mas isso é diferente de ter a resposta judicial como primeiro e único remédio para a tutela de direitos (LUISO, 2005: 575-576). Em outras palavras, a questão do acesso à justiça não se resumiria à reforma da instituição

¹²⁹ O processo civil contemporâneo caminha para assumir uma dupla finalidade: propiciar condições para as partes alcançarem soluções de consenso e, secundariamente, produzir decisões imperativas a respeito das controvérsias que ocorrem ao Poder Judiciário (SALLES, 2011: 90).

judicial, mas na busca dos papéis que esta exerça bem e daqueles em que isso não ocorre (GALANTER, 1984: 187).

Ademais, compreender que os Tribunais possuem papel limitado na solução de conflitos não corresponde a dizer que possuem papel menor. A importância das cortes judiciais não é somente a de decidir uma demanda, em instância final, mas propiciar uma ampla base de discussão para as partes em conflito – nos diversos conflitos que se repetem na sociedade de massa. Mais relevante do que a definição dos direitos em concreto é a indicação de quais são esses direitos, como devem ser interpretados e como fazer valê-los, pois as regras jurídicas “no papel” não conseguem se promover por si mesmas (GALANTER, 1984: 157-159).

A justiça não se encontra apenas nas decisões proferidas pelos Tribunais. A ideia das três ondas de acesso à justiça desenhada por MAURO CAPPELLETTI significa mais do que simplesmente a reforma das instituições judiciárias. Não se trata apenas de uma *metáfora espacial*, mas da busca de novas formas de respostas aos conflitos, adaptando os organismos de julgamento (não somente judiciários) às especificidades das reclamações e dos sujeitos em conflito, de modo que os interesses possam ser dirimidos por um órgão qualificado. Isso corresponde ao abandono do *centralismo jurídico* como mecanismo de solução de conflitos (GALANTER, 1984: 151-153).

O acesso à justiça, inicialmente dotado de perspectiva meramente processualista, de caráter individualista e patrimonial, conforme a tradição romanística do próprio conceito de ação (MANCUSO, 2012: 138), desenvolve-se e adquire *status* de direito fundamental, passando a ser compreendido como exercício de cidadania. O desenvolvimento não se alcança sem a plena garantia de acesso à justiça, vista em si mesma como direito fundamental.

As reformas processuais contemporâneas seguiram três ondas renovatórias, conforme elaboração de MAURO CAPPELLETTI. Uma *primeira onda* de renovação, ligada às questões econômicas do processo, solucionadas através da prestação de advocacia gratuita ou benefícios de assistência judiciária gratuita; uma segunda onda renovatória, ligada à criação de novos mecanismos processuais adequados aos direitos difusos, e a

terceira onda, relativa aos meios alternativos de solução de litígios (CAPPELLETTI, 2008: 387-389), típicos das *welfare societies* (CAPPELLETTI, 2010: 74).

Também pode ser mencionada a constitucionalização das regras e sistemas de processo civil, o foco no jurisdicionado (CAPPELLETTI, 2008: 330-343, 391-393), a instrumentalidade do processo em relação à natureza do direito substancial discutido nos autos, inclusive em seus aspectos sócio-econômicos (CAPPELLETTI, 2010: 32, 37-38), como outras grandes tendências atuais das reformas das legislações processuais.

O acesso à ordem jurídica justa comporta preocupação não somente com a entrada no sistema de solução de conflitos, mas sobretudo com a qualidade da saída propiciada ao cidadão (MANCUSO, 2012: 173-174).

Antes de analisarmos os mecanismos alternativos de solução de conflitos deve-se atentar para o conceito de “adequado tratamento dos conflitos”. Certamente algo mais profundo e que não se limita à proposta contida na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, tendente unicamente à diminuição de acervo judicial ou vinculada à resolução de processos judiciais.

A sobrecarga do Poder Judiciário, decorrente do número excessivo de processos, impôs a necessidade da criação de uma política pública de adequado tratamento dos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade. Uma política pública abrangente, obrigatória para todo o Judiciário nacional e capaz de funcionar como um *filtro de litigiosidade* (WATANABE, 2011: 03). Essa exigência redundou na edição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça¹³⁰, de 29.11.2010, que implementou, em

¹³⁰ Os principais pontos dessa Resolução consistem nos seguintes: a) atualização do conceito de acesso à justiça, não como mero acesso aos órgãos judiciários e ao processo judicial contencioso, e sim como acesso à ordem jurídica justa; b) direito de todos os jurisdicionados à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados à sua natureza e peculiaridade, inclusive com a utilização de meios alternativos à adjudicação, como a mediação e a conciliação; c) obrigatoriedade do oferecimento de serviços de orientação e informação de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, além de solução adjudicada por meio de sentença; d) preocupação pela boa qualidade desses serviços de resolução de conflitos, através da adequada capacitação, treinamento e aperfeiçoamento permanente dos mediadores e conciliadores; e) disseminação da cultura de pacificação, com apoio do CNJ aos tribunais na organização dos serviços de tratamento adequado dos conflitos, com a busca da cooperação dos órgãos públicos e das instituições públicas e privadas da área de ensino, com vistas à criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura de solução pacífica dos conflitos de interesses; f) é imposta aos Tribunais a obrigação de criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores

caráter oficial, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado aos conflitos de interesses¹³¹.

A atual perspectiva do acesso à justiça impõe a articulação de um sistema público de resolução de conflitos que busque sua legitimação a partir da satisfação da parte envolvida no conflito e da condução e resultado final de seu processo. Adota-se, então, um sistema pluriprocessual em que, a partir das características intrínsecas de cada mecanismo possa-se escolher um modelo que permita endereçar da melhor maneira possível a solução da disputa no caso concreto – conceito que Piero Calamandrei batizou de *princípio da adaptabilidade* (AZEVEDO, 2011: 15-16).

Cogita-se também o abandono de fórmulas estritamente positivadas ou unicamente jurídicas, adotando-se métodos interdisciplinares (AZEVEDO, 2011: 16). No caso do conflito previdenciário, sua resolução pode se dar com recurso à sapiência e metodologia de disciplinas como a Economia, a Ciência Social e a Estatística, Serviço Social e Gestão Pública, dentre outras.

É tênue a separação entre justiça substancial e justiça processual. Em muitas situações, a ordenação e estrutura de um dado processo decisório, judicial ou não, tem grande ou decisiva influência para o alcance da meta de justiça que deve servir de base para as relações sociais. Há necessidade de escrutinar qual processo, dentre aqueles peculiares às várias instituições sociais, é o mais adequado para produzir os resultados esperados pela sociedade em relação a um determinado objetivo. A escolha entre instituições é uma opção entre processos complexos, sendo que a escolha institucional de um determinado processo, judicial ou político, por exemplo, já determina previamente o próprio objetivo social prevalecente (SALLES, 2003: 69-70).

com a observância do conteúdo programático e carga horária estabelecidos pelo CNJ, banco de dados para a avaliação permanente do desempenho de cada Centro e, finalmente, cadastro dos mediadores e conciliadores que atuam em seus serviços (WATANABE, 2011: 09).

¹³¹ Outro fator a se considerar: jurisdição e mecanismos de conciliação/mediação são ambos voltados à solução de controvérsias, embora possuam modos e fins totalmente diversos; a combinação destes diversos papéis e funções no mesmo órgão (como quando o Poder Judiciário se propõe a capitanear os mecanismos de conciliação e mediação) quase sempre dá lugar a resultados dúbios e geralmente negativos (CAPPELLETTI, 2010: 184-185). O papel do conciliador, que é de ver a qualidade do acordo para as partes e procurar compensar desequilíbrios e assimetrias, acaba sendo sobrepujado pelo *modelo acordista* que predomina em certos locais, como no Brasil (VAZ, 2012: 38).

A análise e escolha do mecanismo mais adequado à solução de determinada controvérsia deve considerar, dentre outros, os seguintes critérios: custos financeiros; celeridade; sigilo; continuidade das relações; flexibilidade procedimental; exequibilidade da solução; custos ou desgastes emocionais na composição da disputa; índice de recorribilidade (TARTUCE, 2008: 88; LORENCINI, 2012: 69).

SALLES (2011: 18-20) propõe uma *instrumentalidade metodológica*, mais do que simplesmente a instrumentalidade processual que já encontra bastante eco no processo civil moderno. Conforme esse autor, para a busca do adequado tratamento dos conflitos deve-se tomar como ponto de partida os problemas de cada campo específico do direito e da realidade fática, a partir do que se identificará a resposta processual mais adequada para sua solução¹³². O caráter transsubstancial do processo, isto é, seu cabimento indistinto a todos os ramos do direito, é posto em xeque.

No caso de conflitos em torno da interpretação de regras jurídicas – como se dá em nossa concepção de conflito previdenciário – deve ser ponderado também o método hermenêutico utilizado e adequado à capacidade institucional do intérprete e suas peculiaridades institucionais (DIMOULIS, 2011: 226-227)¹³³.

No dizer de ZAPPAROLLI (2012: 28), é o próprio conflito que define o instrumental/metodologia que serão aplicados na sua solução, inexistindo alternativa predefinida.

O processo judicial, em algumas circunstâncias, é a instituição mais adequada para decidir, notadamente naquelas em que há falhas dos outros processos decisórios, como o mercado ou o processo político (SALLES, 2003: 70). Muitas vezes, hoje, propugnam seja redefinida a atuação do judiciário, passando a ser apenas residual –

¹³² Embora o autor esteja pensando no Processo Civil, seus argumentos sobre o *juízo de adequação* da resposta específica a cada tipo de conflito, a partir das características próprias do conflito, pode ser aproveitada totalmente em nossa pesquisa, com a devida ressalva de não se tratar de uma pesquisa eminentemente processual – ainda que se dedique ao exame do papel dos Juizados Especiais Federais, da conciliação judicial nas ações previdenciárias, etc.

¹³³ Adrian Vermeule, autor norte-americano que lastreia o posicionamento de DIMITRI DIMOULIS (2011: 233) aqui explicitado, defende que a interpretação jurídica seja institucionalmente situada: não devemos perguntar sobre interpretação em geral, mas como determinado órgão deve realizá-la, quais procedimentos deve adotar, de acordo com suas características institucionais. A forma de resolução dos conflitos, pelos diversos órgãos incumbidos dessa função, judiciais ou administrativos, obedecerá a essa dinâmica, sendo diversa conforme as características de cada órgão.

em decorrência do *princípio da substitutividade* – mas nunca seja excluída a possibilidade de apreciação judicial dos conflitos (AZEVEDO, 2011: 18-20).

O Poder Judiciário observou uma expansão de suas atribuições, passando a resolver questões de âmbito público, um papel antes relacionado a outros centros decisórios da sociedade, especialmente o processo político. Em certos casos, é a “única instância de decisão social capaz de dar uma resposta condizente aos objetivos sociais que, por características estruturais, não obtêm um adequado tratamento pelo mercado ou pelo processo político” (SALLES, 2003: 70-71). Porém, o Poder Judiciário não deve ser a primeira porta para composição dos conflitos. Sua atuação deve ser concebida como oferta residual, acessada apenas na impossibilidade de encaminhamento eficiente por outra via (TARTUCE, 2008: 150-153).

A edição da Resolução nº 125/2010 do CNJ parece consagrar uma contradição em termos. Os motivos para sua edição residem, essencialmente, na crise judiciária. Porém, este ato normativo define que a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses será protagonizada pelo Poder Judiciário (LUCHIARI, 2011; SILVA, 2012: 12), o que revela aparente contradição, pois seus órgãos componentes se encontram em situação de esgotamento e, mesmo assim, é acrescentada tal missão em suas atribuições.

Outra crítica ao modelo “multiportas” adotado pela Resolução CNJ nº 125/2010 reside em que torna, de certa maneira, obrigatória a tentativa de mediação e conciliação, o que interfere na importante característica de autonomia das partes em conflito, pressuposto fundamental das ADRs (LORENCINI, 2012: 74).

3.2. Crise da justiça: crise numérica e de efetividade.

As três *ondas renovatórias* do processo civil, acima mencionadas, ampliam o acesso ao Poder Judiciário, mas causam o efeito paradoxal de proporcionar sobrecarga de trabalho à justiça e também trazem preocupação com relação à qualidade das decisões judiciais (CAPPELLETTI, 2008: 388-389).

O Poder Judiciário transforma-se, ele próprio, em polo gerador de demandas e conflitos, à medida que sua atuação tem se pautado pelos seguintes fatores: a) morosidade da resposta judicial; b) ausência de uniformização das decisões judiciais; c) ausência ou ineficiência de gerenciamento processual. Esses fatores produzem insegurança jurídica e propiciam uma “zona cinzenta” quanto à correta/definitiva interpretação judicial (GABBAY; CUNHA, 2013: 28-29).

Diversos fatores levam o Poder Judiciário brasileiro a uma situação de crise, seja esta numérica ou de efetividade. A crise numérica ou crise do processo equivale ao aumento da procura pelo Poder Judiciário desacompanhada do correlato aumento de produtividade (SILVA, 2010: 27-29; MANCUSO, 2012: 150), ensejando aumento do acervo de processos sob responsabilidade do Poder Judiciário ainda não julgados.

O fenômeno da crise de efetividade é um tanto mais grave e quiçá mais complexo. PAULO AFONSO BRUM VAZ (2012: 30) fala de uma *crise multifacetada*: ao mesmo tempo de eficiência e de identidade. Crise de eficiência diante do déficit qualitativo e quantitativo da prestação jurisdicional; crise de identidade porque o papel de vetor das transformações sociais e instrumento de solução de conflitos com eficácia de pacificação social se encontra esmaecido e comprometido. Tudo isso a ensejar déficit de confiança social no Poder Judiciário (MANCUSO, 2009: 313-325).

No âmbito da crise de efetividade da justiça deve-se mencionar a incerteza *normal* ou *estrutural* da jurisdição, e também aquela outra, *patológica*. O primeiro campo diz respeito àquelas situações onde há dúvida razoável em relação à correção jurídica da expectativa subjetiva do agente, desconfirmada ou não pela decisão judicial; o segundo grupo indica aquelas decisões judiciais incertas em virtude de motivos patológicos como corrupção, parcialidade, proximidade pessoal ou motivações ideológicas do magistrado (FALCÃO, SCHUARTZ, ARGUELHES, 2006: 90).

Dentre os fatores determinantes para crise numérica da justiça, e daí os efeitos de congestionamento e morosidade judiciais, listam-se: a) fatores institucionais; b) fatores de ordem técnica e subjetiva e, c) fatores derivados de insuficiência material. Também se podem identificar carência de recursos humanos e materiais; insuficiências quanto aos órgãos auxiliares da justiça (peritos e contadores), além de fatores típicos de

deficiente gerenciamento/gestão processual (GABBAY; CUNHA, 2013: 81-82; SILVA, 2010: 25-26).

Alguns dos pontos de estrangulamento encontrados no processo judicial previdenciário são descritos a seguir: a) há um grande número de audiências de conciliação, instrução e julgamento, alongando a pauta de audiências e absorvendo tempo significativo de magistrados e servidores; b) é igualmente elevado o número de perícias médicas, ato processual que ocorre com demora, em face do reduzido número de peritos; c) a falta de especialização dos peritos médicos não raro enseja laudos inconclusivos ou inconsistentes, sendo necessária, constantemente, a realização de mais de uma perícia; d) a elaboração dos cálculos judiciais também se revela tormentosa (SAVARIS, 2014: 157).

Outro fenômeno que deve ser ressaltado é que a via judicial é utilizada para discutir não somente a concessão ou revisão de benefícios previdenciários (matéria de fundo), mas também, em um itinerário tortuoso, para discutir questões menores, consectárias e ancilares, como critérios de juros de mora ou de correção monetária, forma de pagamento da verba honorária aos advogados, DIB – Data do Início do Benefício, etc., em inequívoco sucateamento da função jurisdicional¹³⁴.

O elevado índice de litigância não traduz democratização dos meios e instrumentos de acesso à justiça. Há uso excessivo da máquina judiciária pela Administração Pública (e aqui o INSS) e grandes corporações (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2005; GABBAY; CUNHA, 2013: 24). O acesso desigual à justiça é potencializado pelo processualismo exacerbado, isto é, a importância demasiada às formas e formalidades processuais, em detrimento da preocupação com a efetiva resolução dos conflitos (SILVA, 2010: 30-31, 129).

Resulta desse quadro que o Poder Judiciário possivelmente não comporte qualitativamente essa demanda, o que encaminha a análise do acesso à justiça para a busca de novas formas de resolução de conflitos que não sejam centradas na estrutura judicial.

¹³⁴ Não deixamos de reconhecer a importância desses elementos mencionados no parágrafo, sobretudo por implicarem em gastos públicos. Mas pensamos se tratar de questões menores em relação às discussões de fundo, as quais poderiam ter desdobramento mais singelo, especialmente em virtude da necessidade de celeridade para a resolução do conflito previdenciário, conforme discutiremos adiante.

3.2.1. Complexidade do controle judicial de políticas públicas.

Neste tópico exploraremos/exporemos algumas das principais dificuldades da atuação judicial em matéria de controle de políticas públicas, premissa que será importante para o desenvolvimento do tema desta tese.

Inicialmente, deve-se estabelecer qual o modelo tradicional de litigância. Conforme CARLOS ALBERTO DE SALLES (2003: 71-72), com apoio na literatura norte-americana, este padrão se caracteriza por: a) ação judicial bipolar, organizada como uma competição entre dois indivíduos ou dois interesses, colocados em posições diametralmente opostas; b) a litigância é retrospectiva, versando sobre eventos completos e passados; c) a prestação jurisdicional é mais ou menos decorrente da violação do direito substantivo, sob a premissa de que ao autor deve ser dada uma compensação medida pela lesão causada pelo réu; d) a ação judicial é episódio autocontido, já que o impacto do julgamento se limita ao interesse das partes; e) o processo é parte-iniciado e parte-controlado, isto é, organiza-se a partir das iniciativas das partes, que definem as principais questões submetidas a juízo.

Mas este modelo de adjudicação judicial, de caráter prevalentemente individualista, é suplantado por outro, diverso, onde o foco das disputas é relativo às reclamações sobre políticas públicas (SALLES, 2003: 72).

Não cabe neste trabalho retomar toda a literatura referente ao controle judicial de políticas públicas, matéria que extrapolaria a extensão dessa tese. Porém, compete recensear os itens mais importantes desse tema.

Assim, pode-se indicar que os principais eixos de complexidade para a análise judicial das políticas públicas resumem-se nos seguintes tópicos: a) o princípio da separação de poderes ou “dogma” da vedação da atuação judicial como legislador positivo; b) a densidade insuficiente das normas constitucionais; c) a questão orçamentária ou da *reserva do possível*; d) a limitação das possibilidades judiciais para cominar condutas à Administração (SALLES, 2003a: 211-222; MORO, 2001: 84-90, 98-100). Ainda se costuma apontar como “requisitos” para a intromissão judicial em matéria de políticas públicas os seguintes limites: a) necessidade de proteção ao mínimo existencial do cidadão;

b) razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público (GRINOVER, 2009: 116).

Dentro das restrições de espaço e tema que indicamos acima, trataremos brevemente de cada um destes tópicos.

A respeito do **princípio da separação de poderes**, há que se mencionar que referida teoria foi concebida em perspectiva histórica específica, dentro do Estado Liberal, e ligada às liberdades negativas. A ideia de que o Direito é criado pelo legislador e apenas aplicado pelos juízes não passa de uma imagem da sociedade liberal do século XVIII (MIAILLE, 2005: 225).

O Estado contemporâneo é pautado pelas concepções do Estado Social, ou ao menos interventivo. Isso impõe a redefinição das funções dos Poderes, inclusive do Poder Judiciário, redundando em coordenação dos poderes autônomos, não seu isolamento (SALLES, 2003a: 211-222), a permitir a sindicância dos atos administrativos quanto à sua legalidade e também quanto à sua pertinência aos programas constitucionais (GRINOVER, 2009: 109-114).

Provavelmente a crítica mais dura à atuação judiciária em matéria de políticas públicas consiste na sua característica antidemocrática e antimajoritária (CAPPELLETTI, 2008: 20; MANCUSO, 2011: 74-75). Indica-se a impossibilidade das decisões judiciais criarem políticas públicas tão somente pela menção genérica a princípios abstratos e vagos (dignidade da pessoa humana, razoabilidade, moralidade administrativa, etc.), ignorando as previsões legais expressas (SUNDFELD, 2013: 71-84).

Faz-se, por vezes, o recurso à figura do legislador racional, no sentido de que todas as soluções prévias para os conflitos dentro de uma sociedade estariam contidas nas mensagens normativas, nos enunciados produzidos pelo legislador, em seu papel de legítimo representante do povo, sem margem para alteração no caso concreto pelos juízes ou juristas (FERRAZ JR., 2011: 110-112).

Mas há que se ter em conta que a legitimidade democrática não ocorre apenas pela participação político-eleitoral, mas igualmente pelo controle judicial da

Administração através de uma jurisdição independente e que garanta a legalidade superior da Constituição (MORAES, 2012: 47-49; MANCUSO, 2009: 286-287)¹³⁵.

Em virtude do princípio democrático, o legislador é o interlocutor da sociedade mais autorizado a interpretar a Constituição Federal e criar o Direito. Mas a jurisprudência pode demonstrar que a interpretação legislativa não é sempre a mais correta (MORO, 2001: 37-38). E já se mostrou, acima, como a modernidade impõe uma miríade de possibilidades, ademais de complexas, de interpretações nas normas jurídicas, inclusive das normas previdenciárias.

De outra parte, há outro argumento que a doutrina constitucional aventava para afastar a suposta ilegitimidade dos juízes na questão de políticas públicas. A Constituição vincula a todos os poderes, inclusive aos particulares. Se um Poder da República não age, deixa de atuar em conformidade com a Constituição, os outros Poderes são chamados a suprir a lacuna (MORO, 2001: 22-23; BOCHENEK, 2013: 69-73).

As políticas públicas são programas constitucionais mais do que de Governo, verdadeiras prioridades constitucionais; além disso, são enunciadas e implementadas por vários atores políticos, especialmente, mas não exclusivamente, pela Administração Pública (FREITAS, 2014: 34-35).

Desses elementos inerentes às políticas públicas vislumbra-se o anacronismo do paradigma da ampla discricionariedade administrativa – tida como sinônimo de plena liberdade conferida à Administração, pois sob o manto da discricionariedade administrativa ocorrem desvios inomináveis dos escassos recursos públicos. A atividade administrativa é atividade vinculada inequivocamente aos direitos fundamentais e àquelas referidas prioridades constitucionais, o que propicia a sindicabilidade dos atos administrativos: senão em seu “mérito”, ao menos no seu “demérito” (FREITAS, 2014: 46-50).

¹³⁵ Nesse sentido, veja-se BOCHENEK (2013), cuja tese central diz respeito à utilização dos Juizados Especiais Federais como mecanismo de democracia ampliada, sem que isso caracterize invasão de competências.

A possibilidade de submeter lesões ou ameaças a direitos ao crivo do Poder Judiciário não o transforma em uma *instância de sobreponder* em relação aos Poderes Executivo e Legislativo. Há faixas de *insindicabilidade judicial*, como, por exemplo, os atos puramente políticos (atos de governo, como a definição da política monetária) e os atos discricionários (MANCUSO, 2011: 198-200). Fora desses campos, é possível o controle judicial sobre as políticas públicas.

Aquilo que se denomina de *ativismo judicial*¹³⁶ é de certo modo, portanto, fomentado pela ineficiência das instâncias administrativas e legislativas e do descolamento entre a classe política e a sociedade civil, a impedir que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (MANCUSO, 2011: 90-102; ABREU, 2013: 140), característica brilhantemente definida como uma *disfunção política* (ZANETI JR., 2012: 46-47).

A atuação judicial em termos de políticas públicas fica autorizada, por exemplo, quando se verificam omissão legislativa na regulamentação de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal ou quando a regulamentação administrativa (decretos, portarias, instruções normativas, etc.) implicam retrocesso ou trazem limitações inexistentes na norma constitucional ou na legislação (CORTEZ, 2012: 301-303). De modo que a atuação judiciária nas políticas públicas não corresponde a uma intromissão indevida, mas a uma função de garantia, legitimada pela defesa dos direitos fundamentais, à luz da Constituição (ZANETI, 2012: 47-51).

O exercício da jurisdição de controle da Administração Pública, para ser efetivamente democrático, deve pautar-se pelos seguintes princípios: a) ausência de obstáculos de acesso ao processo; b) eliminação de formalismos processuais que acarretem a imunidade do controle da atividade administrativa; c) exercício pleno da jurisdição nas diversas fases e etapas do processo judicial (MORAES, 2012: 54).

¹³⁶ Entre os pressupostos do ativismo judicial no Brasil costuma-se elencar a redemocratização do país, nos anos 1980; a constitucionalização abrangente de inúmeras matérias outrora deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, além da existência de um abrangente sistema de controle de constitucionalidade. Como causas mais remotas, indica-se o exemplo da Corte Suprema norte-americana, a ascensão dos direitos fundamentais no pós Segunda Guerra Mundial e a nova formatação atual do Direito Constitucional, com superação dos paradigmas clássicos do Estado Liberal (ABREU, 2013: 140-142).

Na realidade, o Poder Judiciário participa do processo político de modo indireto, derivado da participação do povo – titular da cidadania – através dos instrumentos processuais que motivam a atividade jurisdicional (MANCUSO, 2011: 86, 97).

De outro giro, pode-se assinalar que o Poder Judiciário não é o único que padece de questionamentos quanto à legitimidade de sua atividade de criação do Direito. Mesmo o Poder Legislativo é criticado neste aspecto. Ampla gama de matérias é delegada à regulamentação infralegal, o que ocorre geralmente pela obra de anônimos colégios de burocratas, igualmente destituídos de legitimidade democrática; a própria atuação parlamentar vem sendo descompromissada com a maioria popular. Por outro lado, as Cortes possuem o dever de motivar suas decisões, o que não ocorre na esfera política; há a questão de preservação dos direitos fundamentais das minorias e o aspecto de que a legitimidade da decisão judicial não é derivada de consenso, mas da proximidade ao caso concreto e das partes (CAPPELLETTI, 2008: 21-22, 242-253).

SUNDFELD (2013: 54-55) registra um fenômeno de *perda de prestígio das leis* em favor de soluções concretas inventadas pelos operadores do Direito (professores, advogados, promotores e juízes), a partir da invocação de princípios constitucionais, além de certa *crise de credibilidade dos próprios Parlamentos*, objeto de desconfiança por parte dos homens do Direito.

No campo especificamente previdenciário, é cada vez maior a incorporação da função legislativa no Poder Executivo. É constante o aumento da função legislativa por meio de atos normativos infralegais oriundos das autarquias com função regulatória, assim como o INSS, configurando um autêntico “ativismo dos órgãos do Poder Executivo” (FERRARO, 2014: 63-64).

CEDENHO (2012: 119-120) aponta um fator ainda mais grave, a igualmente refletir na importância do Poder Judiciário como contrapeso do Poder Executivo no Estado Democrático de Direito, a má versação de recursos públicos. Em suas próprias palavras:

“Desse modo, devem os governantes buscar compreender quais as maiores demandas sociais, e por meio do planejamento estabelecer programas de

atendimento a estas necessidades, utilizando-se de maneira escorreita dos recursos públicos.

Embora o panorama acima seja o ideal da atividade do Estado no atendimento das demandas sociais, isto não é a realidade. Seja porque, muitas vezes, os governantes manipulam a máquina pública a seu favor, vislumbrando atingir objetivos políticos e pessoais, seja porque, muitas vezes, o planejamento não dê conta das reais demandas sociais, seja porque ainda que dê conta das reais demandas, não as atende a contento em razão da falta de organização ou mesmo do desvio de verbas públicas.”

Mesmo que a pretensão de regulamentação de objetivos sociais ficasse a cargo do próprio Poder Legislativo, sem delegações indevidas ou usurpações por parte do Poder Executivo, ainda assim não se teria um pleno controle do processo político e da transformação social:

“Não existe nenhuma instância na sociedade capaz de guiar as transformações em direção a algum resultado global desejado; mas há muitas possibilidades de influenciá-lo.

A causa desse déficit de direção é fácil de definir: é certamente possível planejar a alteração de estruturas do sistema – como, por exemplo, constituições, relações de organização, condições de acesso. Mas a mudança social que surge do jogo entre sistema e ambiente se subtrai a uma previsão e controle precisos, e precisamente porque nisso coopera o ambiente. A mudança social conduz assim a resultados que por uma parte foram induzidos e, por outra, devem ser assumidos. O que em princípio foi querido aparece depois, à vista dos resultados, como algo que é preciso suportar” (LUHMANN, 2007: 147)¹³⁷.

A produção normativa do Estado Social implica em uma utilização do Direito que juridifica muitos âmbitos da vida, criando dificuldades para a aplicação das normas jurídicas e questionamento acerca da própria eficácia regulatória dos meios jurídicos. A utilização do direito e suas condições de possibilidade são reguladas no sistema jurídico (ou seja, fora do sistema político), a indicar limitações para sua disponibilidade política. Além disso, a complexidade das constelações causais, que não são isoladas e controláveis, impede a plena certeza da obtenção de um objetivo político a partir

¹³⁷ Livre tradução nossa para o seguinte excerto:

“No existe ninguna instancia en la sociedad capaz de guiar estas transformaciones en dirección a algún resultado global deseado; pero hay muchas posibilidades de influenciarlo.

La causa de este déficit de dirección es fácil de definir: es certamente posible planear la alteración de estructuras del sistema – como, por ejemplo, constituciones, relaciones de organización, condiciones de acceso. Pero el cambio social que surge del juego entre sistema y entorno se sustrae a una previsión y control precisos, y precisamente porque en ello coopera el entorno. El cambio social conduce, así a resultados que por una parte han sido inducidos y, por otra, deben ser assumidos. Lo que en principio ha sido querido aparece después, a la vista de los resultados, como algo que es preciso soportar.”

da mera disposição de legislação/concessões financeiras – direito/dinheiro (LUHMANN, 2007: 106-107).

Em campos de seleção cada vez mais complexos há dificuldade de exercer a capacidade decisória (criação de alternativas e resolução de problemas, a partir do processo de *seletividade*). A evolução da capacidade decisória acompanha e corresponde à evolução social e à diferenciação funcional da sociedade. Há uma multiplicidade de problemas heterogêneos e nem toda forma de solução de um determinado problema é compatível ou aplicável a outras situações. E todas as formas de solução de problemas apresentam disfunções (LUHMANN, 1985: 21, 30).

O sistema político também é ineficiente/insuficiente quanto ao aspecto *temporal*. No processo decisório não se controla o ritmo, a simultaneidade e a sincronização com os processos desenvolvidos pelos demais subsistemas sociais, o que gera perturbação (LUHMANN, 1985: 65) e, necessariamente, conflito.

A forma do futuro é o binômio probabilidade/improbabilidade, maior ou menor. É possível apenas uma “previsão provisória”, cujo principal mérito não é transmitir segurança, mas adaptabilidade. A sociedade moderna se caracteriza justamente pelos riscos inerentes a suas decisões. Riscos estes pluridimensionais, complexos do ponto de vista lógico, a exigir, assim, lógicas próprias e estruturalmente mais ricas (LUHMANN, 1997: 131-135).

A noção de risco é capital para a formulação de políticas públicas, especialmente aquelas de natureza previdenciária ou assistencial. Daí se pode apresentar a seguinte indagação: se o legislador não possui essa omnisciência com que ele rotineiramente é qualificado, abre-se espaço a outros mecanismos institucionais para contribuir na orientação da sociedade com o trato destes riscos sociais, inclusive a atuação do Poder Judiciário.

Em relação às **questões orçamentárias**, vale dizer que a sistemática dos precatórios condiciona a satisfação das obrigações de pagar, mas não há restrições quando a decisão judicial se volte ao campo do planejamento orçamentário – salvo hipóteses de discricionariedade administrativa.

Nos processos em que ocorre o controle judicial de políticas públicas não basta a mera alegação da inexistência de recursos, devendo esta ser comprovada pela Fazenda Pública (GRINOVER, 2009: 123).

Quanto às **possibilidades judiciais** e medidas judiciais de imposição ao Poder Público, atualmente, no ordenamento processual brasileiro há extenso conjunto de medidas coercitivas que podem ser utilizadas para cominação de condutas perante a Administração.

Podem ser resumidas nas seguintes: imposição de multa diária; b) responsabilização do agente público por improbidade administrativa; c) intervenção no Estado ou Município (artigos 34, VI, e 35, IV, ambos da Constituição Federal de 1988); d) incidência dos crimes de responsabilidade e desobediência, em particular os crimes previstos no Decreto-Lei 201/67, aplicável aos Prefeitos (GRINOVER, 2009: 124-125).

É consenso que todos os tipos de ações judiciais são cabíveis para intervenção/controle judicial sobre políticas públicas (GRINOVER, 2009: 134). Porém, ressalta-se a dificuldade da exigibilidade judicial dos direitos sociais, comparativamente aos direitos individuais, em virtude da inadequação parcial das normas processuais para esse segmento de direitos fundamentais (SALLES, 2009: 788-793).

Certos mecanismos processuais em relação a direitos sociais são meramente declaratórios, como o mandado de injunção ou mesmo as ações declaratórias (SALLES, 2009: 791).

Uma das possibilidades de interferência judicial em políticas públicas é uma *interferência negativa* nas políticas já implementadas: o julgador desconsidera problemas e políticas globais e se prende às circunstâncias do caso concreto, sendo a interferência judicial apenas um dano marginal, alertando para eventuais inadequações e necessidade de inovações no sistema geral (SALLES, 2009: 814-815).

Embora as políticas públicas sejam programas coletivos, isso não impossibilita a discussão de direito subjetivo eventualmente violado ou ameaçado pelo

programa global. Inclusive por esse canal se pode chegar ao avanço da própria política pública, abrangendo-se casos análogos (ZANETI, 2012: 56-57).

3.3. Mecanismos alternativos de resolução de disputas.

A situação de crise da justiça (*crise numérica e de efetividade*) enseja a busca de mecanismos para solucioná-la, dentre estes a modernização das formas de gestão judiciária¹³⁸, a alteração da forma de recrutamento e formação dos magistrados, assim como reformulação do tratamento processual das demandas (elementos que não serão objeto desta tese) e, mais recentemente, a adoção de mecanismos não judiciais ou consensuais de resolução de conflitos.

De modo geral, a doutrina tem visualizado que atualmente se faz mais necessária a melhoria da gestão processual/judicial do que a produção de novas reformas processuais ou a criação/ampliação dos órgãos judiciais (SILVA, 2010). Este grupo de medidas, conforme já sublinhado, serão apenas mencionadas e não objeto deste estudo.

Em relação às demandas repetitivas que tenham como objeto ações ou omissões da Administração Pública, verifica-se a necessidade de completa reestruturação dos meios processuais para solução desses conflitos de massa, diante da insuficiência da tutela judicial individual perante a *vocação coletiva* desse tipo de conflito e as

¹³⁸ Ainda que se corra o risco de fugir ao objeto da Tese de Doutorado, indicamos algumas medidas de moderna gestão do processo judicial previdenciário, colacionadas por SAVARIS (2014: 163-164): “a) edição de portarias para desenvolvimento do processo pela secretaria ou despachos únicos; b) qualificação de servidores para auxílio e agilização de cálculos; c) realização de audiências gravadas e presididas por conciliadores; d) realização de perícias médicas independentemente da intimação das partes para apresentação de quesitos; elaboração dos chamados ‘quesitos únicos’ pelo juízo, empregados de acordo com a especificidade da questão; e) realização de perícias em juízo e em audiência; f) utilização de dados dos órgãos públicos, especialmente aos bancos de dados do INSS (SABI, CNIS, Plenus); g) determinação de realização de justificação administrativa para tomada de depoimentos pelo INSS, pesquisas de campo para verificação do exercício da atividade e eventual reconhecimento do direito pretendido em Juízo; h) determinação da realização de cálculos pelo INSS; i) controle periódico do tempo, decursos de prazo e adequação dos atos processuais; j) mutirão de audiências e sentenças; k) intimação por telefone e pessoalmente em balcão, nos juizados em que o processo ainda não era eletrônico; l) controle rigoroso dos prazos concedidos ao INSS; m) eliminação de atos processuais desnecessários e simplificação das rotinas; n) intimação para implantação de benefício diretamente à agência do INSS, sem passar pela Procuradoria; o) exigência de apresentação de cópia do processo administrativo já com a inicial, quando a parte tiver advogado; p) a adoção do sistema de ‘advocacia solidária’, para a pessoa carente sem advogado e que pretende interpor recurso; q) realização de audiências para conciliação após a sentença ou no âmbito da Turma Recursal”.

particularidades e prerrogativas do Poder Público¹³⁹ (MORAES, 2012: 17-23, 73; MANCUSO, 2009: 325-335, 375-383)¹⁴⁰.

No Direito Comparado e no projeto da nova codificação processual civil dá-se prioridade inequívoca às soluções coletivas para as demandas contra a Fazenda Pública, ao contrário do que prevalece em nosso direito atual, permeado de restrições às ações coletivas contra a Fazenda Pública (MORAES, 2012: 79, 109-148). Essa opção é importante inclusive como mecanismo de garantia da isonomia de tratamento entre as partes que postulam contra a Administração Pública, o que nem sempre ocorre (GABBAY; CUNHA, 2010: 28, 44-45). No Brasil, entretanto, o que se verifica é a adoção de mecanismos processuais de gestão de demandas repetitivas normalmente com viés restritivo, sem indagações quanto às causas de origem das demandas repetitivas (MANCUSO, 2011: 26-28, 52-53, 169-194).

Contudo, a grande inovação no campo do acesso à justiça, contudo, reside nas ADRs¹⁴¹, expressão que quer dizer¹⁴² *Alternative Dispute Resolutions*. Em língua portuguesa também se utilizam as expressões RDA – Resolução Alternativa de Disputas, ou MARC – Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (TARTUCE, 2008: 180).

Os mecanismos de ADR (resolução alternativa de conflitos) se inserem na terceira onda do movimento de acesso à justiça, conforme elaboração teórica de MAURO CAPPELLETTI (2008: 390-391). Mais do que mera questão técnica ou mecanismo de gestão, entendemos os mecanismos alternativos de resolução de conflitos como verdadeiro *amadurecimento* do sistema de solução de controvérsias.

¹³⁹ SAVARIS (2014: 149) destaca que o conflito previdenciário normalmente é tratado pelo Poder Judiciário com “ferramentas artesanais” no lugar de julgamentos de massa, o que obviamente é inadequado.

¹⁴⁰ No mesmo sentido, MANCUSO (2011: 401-417; 2009: 78-98), que destaca a utilidade dos termos e compromissos de ajustamento de conduta, nas ações coletivas, como eficiente mecanismo de prevenção da formação de mega-conflitos.

¹⁴¹ A doutrina chama a atenção para o fato de que a expressão “meios alternativos” não seja adequada (VAZ, 2012: 31; TARTUCE, 2008: 181; SILVA, 2012: 11-12). Isso porque a ideia de que existam “alternativas” expõe que estas sejam o caminho diverso em relação a outro, tido como padrão ou regra (no caso o Poder Judiciário). As ADRs são compreendidas como meios mais adequados ou mais apropriados à resolução de certos conflitos, conforme teremos a oportunidade de debater nesta Tese.

¹⁴² Nesse trabalho não se discutirá a polêmica sobre as ADRs comporem um novo conceito de jurisdição ou somente constituam mecanismos (alternativos ou não) de solução de conflitos (SILVA, 2012: 13-14). Essa controvérsia, que vem sendo travada com apoio nos clássicos da Teoria do Processo, não interessa aos objetivos desta pesquisa, voltada aos traços gerais da adequada solução do conflito previdenciário.

As ADRs devem ser consideradas na perspectiva da *multidoor courthouse*, concepção criada por Frank Sander na *Pound Conference*, em 1976, nos Estados Unidos, discurso que proferiu e posteriormente foi publicado sob a forma do artigo “*Varieties of Dispute Processing*”¹⁴³.

A ideia, em síntese, é a coordenação de diversas respostas aos conflitos, sem exclusividade da resposta adjudicatória, permitindo-se às partes em conflito acesso a uma pluralidade de técnicas: via judicial, arbitragem, mediação e conciliação, etc. Haveria uma porta mais adequada a cada tipo de disputa, e esse mecanismo deveria ser adequado conforme a natureza do conflito, a relação entre as partes (continuada ou pontual), os custos da demanda, a celeridade da decisão, dentre outros fatores¹⁴⁴ (GABBAY, 2011: 117-118). Os mecanismos, ademais, não seriam excludentes, mas coordenados. Infrutífera uma modalidade de resolução de conflitos, a questão seria remetida a outra modalidade: por exemplo, frustrada a mediação ou a conciliação, o processo/conflito seria encaminhado para decisão judicial.

Na experiência norte-americana a escolha do método mais adequado à solução de conflitos, na perspectiva do *sistema multiportas*, passa pelo preenchimento de um questionário a respeito das características do conflito, sobretudo os seguintes itens: a) existência de vários ou apenas um foco; b) existência de interesse público ou não; c) tratar-se de relação continuada ou eventual; d) celeridade e custos na solução do conflito; e) importância da confidencialidade e, f) perspectiva de criação, ou não, de um precedente (LORENCINI, 2012: 77-78).

Na perspectiva do sistema multiportas há a preocupação de definir quem seleciona o método mais adequado à solução do conflito, podendo caber às partes, isoladamente ou em consenso, a um funcionário do Tribunal, um perito externo ou o próprio julgador (LORENCINI, 2012: 75-76).

¹⁴³ Os mecanismos alternativos de resolução de conflitos também possuem origem fora da esfera jurídica. O campo econômico/empresarial e a esfera política também adotaram mecanismos de solução de conflitos independentes da atuação judicial (TARTUCE, 2008: 180).

¹⁴⁴ A *Pound Conference* proferida por Frank Sander, em 1976, repercutiu muito nos meios jurídicos norte-americanos, dando impulso efetivo à utilização de mecanismos alternativos de resolução de disputas. Pode-se entender que esse discurso foi o ponto de virada de uma verdadeira revolução cultural no aspecto de resolução de controvérsias e abandono/mitigação do sistema adversarial nos Estados Unidos (GABBAY, 2011: 118-119).

Ao atual “exagero” no acesso à justiça seria preferível a adoção dessa técnica norte-americana, onde a ação judicial é subsidiária ou residual, utilizada apenas após esgotados outros possíveis meios auto ou heterocompositivos, eventualmente mais adequados ao caso concreto. Trata-se de clara tendência à *desjudicialização dos conflitos* ou do *fim do monopólio estatal de justiça* (MANCUSO, 2012: 142, 148; 2011: 387-401), sendo recomendável a utilização de outras arenas para a resolução dos conflitos.

As ADRs possuem fundamentos mais importantes do que o mero descongestionar o Poder Judiciário: a) consistem em solução pacífica dos conflitos; b) ocorre adequação do método de resolução ao tipo de conflito tratado e, c) há participação ativa dos interessados (TARTUCE, 2008: 186-190).

Embora alguns discursos defendam a mediação como mecanismo de solução da crise judiciária [*esse argumento pode ser utilizado em relação a todas as ADRs*], especialmente pela constrição da demanda, na realidade isso não ocorre e sequer se trata do escopo da mediação. Esta não se configura como uma política judiciária, mas como uma *política pública de justiça*, que busca aperfeiçoar os mecanismos destinados à promoção do bem da vida (FREITAS JR., 2009a: 183-184).

Outrossim, é possível pensar em ADRs fora e dentro do ambiente estatal, inclusive, no âmbito estatal, cogitar-se destas soluções serem vinculadas ao Poder Judiciário ou também ao Poder Executivo, evitando-se o vício conceitual de sempre associar a solução dos conflitos ao órgão tradicionalmente incumbido dessa atribuição – o Poder Judiciário (LORENCINI, 2009: 605-606).

Além disso, deve-se atentar para as externalidades positivas da adoção das ADRs (em conjunto e coordenadas com a solução adjudicada): o Poder Judiciário pode ser desonerado de certas lides, liberando os juízes para análise de casos complexos e singulares, gerando também celeridade processual, economia de recursos ao Estado brasileiro, que poderá investi-los na sociedade e não na máquina judicial (MANCUSO, 2009: 69).

A reforma do *sistema de justiça* encontra consonância com a análise de transformação do Estado nestes tempos de profunda incerteza. Impõe-se repensar a

redução do Direito ao Estado e os Tribunais como principal instância de resolução de conflitos na Modernidade (SANTOS, 2011: 14, 78-79; CAPPELLETTI, 2010: 194).

A adoção de ADRs se trata de uma questão mais profunda de diálogo interinstitucional em torno do tema da resolução de conflitos. Uma interrogação que se refere às relações entre as esferas de poder do Estado e entre o Estado e a sociedade, no sentido de que a resolução de conflitos deve ser concentrada apenas no Poder Judiciário ou distribuída entre estas diversas esferas (GABBAY; CUNHA, 2013: 155-156).

Uma das vantagens encontrada nas ADRs é o fato de consistir em solução *coexistencial* do conflito, baseada em critérios de equidade social distributiva, essencialmente participativos, preservando relações complexas e duradouras entre indivíduos e grupos, ao invés de traçar uma relação isolada, de maneira retrospectiva e com rígidos critérios jurídicos de *razão* e *sem razão* ou, de *quem atuou de maneira indevida* do ponto de vista jurídico (CAPPELLETTI, 2008: 390-391; 2010: 78; TARTUCE, 2008: 20).

Enquanto a decisão judicial proferida em sede contenciosa se presta perfeitamente para resolver/definir relações isoladas e meramente interindividuais, remetendo o *decisor* a um episódio do passado que não é destinado a perdurar, a justiça mediativa e coexistencial busca “remendar” uma situação de ruptura ou de tensão em vista da preservação de um valor mais durável, a pacífica convivência de sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, à qual dificilmente podem se subtrair, enfim, instituições integrais, típicas da vida moderna (CAPPELLETTI, 2010: 192-193).

No Brasil, as ADRs possuem grande conexão com o sistema de justiça e seus atores: Poder Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas e Ministério da Justiça (GABBAY; CUNHA, 2010: 17). Conforme mapeamento nacional realizado pelo Ministério da Justiça, os programas institucionais de resolução alternativa de conflitos são predominantemente estatais e, sobretudo, ligados ao Poder Judiciário. Uma minoria dos programas mapeados é ligada ao Poder Executivo. Além disso, significativo número de programas destina-se aos usuários de serviços públicos e de justiça. Esse cenário revela que os sistemas alternativos de resolução de disputas colocam-se como vias alternativas apenas ao sistema judicial, mas não ao Poder Público como pacificador de disputas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2005: 24-25, 32-34).

Os programas de resolução alternativa de conflitos mais comuns ocupam-se de conflitos de gênero e familiares. Outro dado relevante é que tais programas concentram-se em São Paulo e no Rio de Janeiro, especialmente nas regiões metropolitanas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2005: 37, 45, 51). Embora o mapeamento efetuado pelo Ministério da Justiça tenha ocorrido em 2005, pensamos que esse panorama pouco deve ter se alterado atualmente¹⁴⁵.

De outra parte, registram-se desconfiança na adesão aos mecanismos de ADR (ao invés da utilização da via judicial), barreiras culturais - formação jurídica predominantemente adversarial (GABBAY; CUNHA, 2010: 83; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2005: 46; TARTUCE, 2008: 114-121), existência de incipiente movimento pró-ADRs no Brasil (MELLO DIAS, 2009: 570) e falta de divulgação das ADRs e seus efeitos positivos (MANCUSO, 2011: 155-168).

A despeito dessas ideias preconcebidas em torno das ADRs, merece crítica o caráter autoritário da incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos à lógica processual, pois feita à revelia de instituições respeitáveis que sempre se dedicaram a estes, enquanto o sistema judicial os relegava a segundo plano – o que revela sobretudo o propósito meramente estatístico dessa estratégia contida, especialmente, na Resolução nº 125/2010, do CNJ (DUARTE, 2014: 49).

As soluções consensuais também são alvo de análise crítica. Em um texto considerado referencial sobre esse tema, “*Contra o Acordo*”, o professor OWEN FISS questiona as premissas do discurso de elogio ao acordo. Segundo esse jurista norte-americano, os principais problemas são os seguintes: a) o acordo, no processo civil, geralmente é obtido através de coação; b) a transação pode ser realizada por alguém sem autoridade; c) a ausência de instrução processual e julgamento cria um subsequente e problemático envolvimento do juiz que poderá vir a apreciar a lide e tratar de sua execução/materialização; d) a obtenção do acordo não é sinônima da produção de justiça. Em síntese, o acordo é uma rendição às condições da sociedade de massa (FISS, 2004:

¹⁴⁵ Um programa de resolução consensual de conflitos envolvendo matéria previdenciária não pode limitar-se a poucos programas em funcionamento, mormente agrupados em poucas regiões urbanas do Brasil, diante da multiplicidade e capilarização nacional da questão previdenciária, características já demonstradas no Capítulo 1.

124). Examinaremos pormenorizadamente, devido à sua importância fundamental, cada um dos elementos da crítica clássica de OWEN FISS.

Em relação ao *desequilíbrio de poder*, cumpre assinalar que a solução consensual pressupõe uma igualdade relativa entre as partes em litígio. Mas o acordo não é simplesmente fruto das preferências das partes, e sim produto dos recursos de que dispõem cada uma das partes para financiar o processo judicial, normalmente distribuídos desigualmente, a contaminar o processo de negociação. Mesmo os mecanismos de assistência judiciária são insuficientes a sanar essa desigualdade material (FISS, 2004: 124-126).

A desigualdade, outrossim, não é unicamente financeira, mas pode ter como característica principal a assimetria informacional, etária, ou quanto à necessidade imediata do bem da vida em disputa. A desigualdade informacional causa impacto na forma como é apresentada a defesa judicial, a exigir papel suplementar do magistrado no escopo de equilibrar as partes em litígio (FISS, 2004: 126-128).

Outro fator relevante é a *ausência de consentimento legítimo*. Há dificuldades de representação e obtenção do consenso quando se trata de organizações ou grupos ao invés de indivíduos (FISS, 2004: 128-129). Isso também vale parcialmente para a burocracia governamental, como no caso do INSS, cenário em que os Procuradores Federais geralmente reclamam de falta de autonomia para celebrarem acordos.

A dificuldade do consentimento legítimo também é presente no caso de grupos sociais e organizações não formalizadas (FISS, 2004: 130-131), como no caso dos atores privados do conflito previdenciário, grupo social eminentemente fluído, disperso pela sociedade sem maior grau de formalização ou coesão¹⁴⁶.

Por fim, merece comentário o fato de que o objetivo dos Tribunais não é somente a pacificação social. A adjudicação tem como objetivo maior conferir força aos

¹⁴⁶ Como um coletivo de aposentados ou pensionistas poderia apresentar/propor/aceitar acordos, no âmbito de ações coletivas de natureza previdenciária, à medida em que não há maior formalização ou indicação precisa de representantes? É certo que a legislação processual indica o Ministério Público ou as Associações Cíveis como aqueles legitimados à propositura da ação coletiva, mas isso não atinge toda a dimensão sociológica do conflito previdenciário, das questões previdenciárias em disputa na sociedade.

valores contidos na Constituição e na legislação, interpretando-os de acordo com a realidade social. A prática dos acordos privaria a sociedade dessa evolução normativa (FISS, 2004: 139-141).

Esses elementos aqui mencionados serão retomados quando se examinar as ADRs na resolução do conflito previdenciário.

3.3.1. Modalidades dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

As modalidades mais conhecidas de ADRs são a mediação, a conciliação e a arbitragem. No Direito brasileiro são as formas mais utilizadas de resolução consensual de conflitos. Na práxis norte-americana, todavia, existem outras formas de composição de conflitos e sistemas mistos, que combinam elementos de diversas dessas técnicas, as quais passam a ser examinadas. Sobre a conciliação e mediação falaremos mais adiante, com o relevo que merecem.

No campo das soluções adjudicatórias existem os *tribunais privados*, também conhecidos como *rent a judge*. São utilizados quando os regimentos dos tribunais permitem que certos casos sejam reportados a cortes com partes particularmente selecionadas e membros neutros pagos, normalmente juízes aposentados com experiência na matéria objeto de conflito. A decisão do juiz privado é introduzida com força vinculante na Corte e desafia a interposição de recurso contra seu teor. (TARTUCE, 2008: 183; LORENCINI, 2012: 66-67).

Apenas a decisão proferida pelo juiz privado é introduzida na Corte, com caráter vinculante, sendo que o procedimento é dotado de confidencialidade. Assim, o *rent a judge* é um mecanismo destinado, especialmente, às controvérsias relativas a grandes somas em dinheiro (LORENCINI, 2012: 67).

No campo das soluções consensuais utiliza-se também a figura do *ombudsman*, instituição com a tarefa de pesquisar queixas e prevenir disputas, facilitando sua resolução *interna corporis* (TARTUCE, 2008: 183).

Em relação aos processos mistos, que combinam elementos dos sistemas mais conhecidos de resolução de controvérsia (mediação, conciliação e arbitragem), podem ser elencados os seguintes: *med-arb*, *fact-finding*, *mini-trial*, *summary jury trial*, *baseball arbitration* e *early neutral evaluation*¹⁴⁷.

No mecanismo conhecido como *med-arb*, o enfrentamento do conflito começa com uma mediação e, caso as partes não alcancem um acordo, parte-se para a arbitragem. Um terceiro imparcial é escolhido tanto para servir de mediador como árbitro da disputa; combina técnicas de persuasão da mediação com a autoridade de árbitro para proferir uma decisão final e obrigatória, quando necessária (LORENCINI, 2012: 67-68; TARTUCE, 2008: 183-184).

A técnica do *fact finding* constitui o mecanismo pelo qual um terceiro imparcial é escolhido para identificar fatos relevantes para a causa, o que pode ajudar na negociação, mediação ou solução judicial (TARTUCE, 2008: 184).

O *minitrial*, utilizado geralmente para resolver disputas que podem ser objeto de uma litigância demorada, visa à obtenção de uma solução mutuamente satisfatória. São talhados conforme as necessidades dos litigantes e podem agregar diversas técnicas de composição. As partes apresentam suas teses a um consultor neutro, normalmente um advogado experiente, que dará sua opinião sobre o que ocorreria se o caso estivesse no Tribunal. A partir de então, as partes voltam a negociar um acordo, com ou sem a presença do consultor neutro (TARTUCE, 2008: 184). As regras do *minitrial* são definidas contratualmente, e este mecanismo é direcionado preferencialmente ao mundo dos negócios (LORENCINI, 2012: 65-66).

No *summary jury trial* os advogados testam suas teses antes de levar ao caso ao tribunal. Realiza-se breves apresentações de seus casos perante um júri destituído de autoridade para resolver o conflito, mas cujos membros apresentam as mesmas características dos reais jurados. O veredito não é vinculante às partes, mas auxilia na compreensão dos casos e encoraja a realização de um acordo (TARTUCE, 2008: 184-185).

¹⁴⁷ A explanação sobre os “sistemas mistos”, adiante desenvolvida, é lastreada nos magistérios de SALLES (2011: 188-194), LORENCINI (2012: 65-68) e de TARTUCE (2008: 183-185), esta, por sua vez, fundamentada em autores norte-americanos, especialmente Leonard Riskin e James Westbrook.

Na *baseball* (ou *last-offer*) *arbitration*, as partes negociam e submetem duas possíveis soluções a um árbitro, que deve optar por uma delas (TARTUCE, 2008: 185).

A *early neutral evaluation* objetiva reduzir os custos e a demora do processamento da demanda, possibilitando que as partes confrontem as forças e as fraquezas de suas teses em um estágio inicial. Para tanto, contam com a assistência de um conhecedor prático e neutro, que identifica pontos em que as partes concordam ou discordam e fornece uma análise da tese de cada lado; este ainda pode predizer o possível resultado caso a demanda vá a juízo, bem como oferecer auxílio às partes em um processo de negociação (TARTUCE, 2008: 185).

Essa decisão é oral e não vincula as partes. Com isso, o terceiro neutro auxilia em uma mediação ou conciliação, não se tratando, portanto, de técnica isolada, já que o parecer emitido por ele é ponto de partida para que as partes se componham. Tal método é indicado principalmente nos casos em que grassa forte polêmica em torno de um elemento de prova ou, ainda, quando uma das partes possui expectativa exagerada de sua posição na disputa (LORENCINI, 2012: 65).

A *early neutral evaluation* se diferencia do *minitrial* porque este se dirige, sobretudo, ao mundo dos negócios, ao passo que a primeira ocorre no âmbito dos Tribunais (LORENCINI, 2012: 65-66), embora seja nítida a semelhança procedimental entre ambos.

Mais recentemente aparece um conceito novo, o de desenho de sistemas de resolução de disputas, ou DSD. O conceito de DSD aparece pela primeira vez na década de 1980, dentro do modelo de negociação da Escola de Harvard, conforme desenvolvido pelos relevantes autores William Ury, Jeanne Brett e Stephen Goldberg, e se pretende um passo adiante no campo das ADRs, uma forma inovadora de resolução de *disputas complexas* por meio de métodos alternativos (FALEK, 2012: 258). Em termos de definição, conforme FALEK (2012: 258) o DSD é:

“o conjunto de procedimentos criados sob medida para lidar com determinado conflito, ou uma série destes, envolvendo disputas complexas. A customização de um sistema permite atender as necessidades únicas de cada caso concreto com eficiência, evitando gasto de recursos, tempo,

energia emocional e perda de oportunidades, enquanto permite maior participação das partes interessadas e afetadas, para que estas atinjam seus objetivos, com maior satisfação para todos os envolvidos. A complexidade da disputa pode se manifestar de várias formas e graus, e sempre envolve os seguintes fatores, ou uma variedade de combinações entre eles: fatos, temas de direito e o envolvimento de múltiplas partes”.

O conceito de DSD parece ser mais apropriado à resolução de conflitos complexos derivados de fatos concretos episódicos do que para conflitos derivados de relações continuadas¹⁴⁸. Não é, portanto, numa primeira análise, o mecanismo mais adequado à perspectiva do conflito previdenciário.

No quadro das ADRs ainda merecem menção a *justiça restaurativa*, que busca trazer uma nova visão à justiça penal, superando o viés meramente punitivo com a adoção de uma postura compositiva entre vítima e ofensor (TARTUCE, 2008: 29-32) e a *facilitação assistida*.

A *facilitação assistida* “é um processo técnico para a articulação de diversos instrumentais e de redes, com vistas à solução de problemas e demandas específicas no campo macro (não no interpessoal): coletivas, difusas ou individuais homogêneos, decorrentes dos conflitos, especialmente os institucionais e sociais, além dos problemas estruturais, originados e que ensejam diferenças e acirram as desigualdades”. Na facilitação assistida as metas são estrategicamente predefinidas e há parcialidade objetiva do facilitador, um terceiro, a favor do resultado a ser alcançado (ZAPPAROLLI, 2012: 46).

A facilitação assistida “utiliza de todas as demais ADRs, da jurisdição, da via legislativa, de sensibilizações, de mobilizações, das redes já existentes e das redes construídas estrategicamente, para a viabilização das metas e objetivos dos processos de facilitação” (ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 120).

¹⁴⁸ FALEK (2012: 260-261) exemplifica hipóteses bem sucedidas de DSD, sempre ligadas a situações episódicas: nos Estados Unidos, os casos de indenização para as vítimas do vazamento de petróleo no Golfo do México, de responsabilidade da empresa inglesa British Petroleum, em junho de 2010, e a indenização às mais de 7.000 vítimas do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001; no Brasil, o autor indica os exemplos da Câmara de Indenização 3054 (CI 3054), relativa ao acidente com o voo 3054 da TAM, em 17 de julho de 2007, onde 199 pessoas perderam as vidas, e o Programa de Indenização 447 (PI 447), para beneficiários brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil das vítimas do acidente com o voo Air France 447, ocorrido em 31.05.2009, em águas internacionais, no trajeto entre o Rio de Janeiro e Paris.

Vê-se, pois, que é um excelente instrumento para trabalhar a implementação de projetos e políticas públicas nos âmbitos institucional, comunitário e social, pois neste tipo de conflito há sentimento ou efetiva escassez de bens materiais ou imateriais, além de diversos problemas alocativos, como transporte urbano, saúde pública, habitação e meio ambiente (ZAPPAROLLI, 2012: 46).

3.3.2. Teoria da negociação.

Da teoria da negociação desenvolvida pela Escola de Negócios de Harvard, ainda que extrajurídica, pode-se aproveitar alguns elementos importantes para a caracterização da resolução consensual do conflito, inclusive do conflito previdenciário.

Um primeiro ponto importante é distinguir posições de interesses. As pessoas normalmente lutam por suas posições, o que leva a situações de intransigência e acordos insensatos. São feitas concessões apenas na medida do necessário, a negociação costuma ser ineficaz e converte-se em disputa de vontades, o que põe em risco a manutenção do relacionamento e muitas vezes produz resultados arbitrários. Mas é possível reverter esse quadro. Pois a negociação muitas vezes se dá em relação à substância ou se dá sobre o procedimento, isto é, o modo de como lidar com a substância (FISHER, URY, PATTON, 1994: 21-26).

Isto é o cerne da metodologia desenvolvida em Harvard, conhecida como *negociação baseada em princípios* ou *negociação dos méritos*, cujos quatro pontos centrais consistem em: a) separar as pessoas dos problemas; b) diferenciar interesses de posições; c) criar uma variedade de possibilidades antes de tomar a decisão do que fazer, criando opções de benefícios mútuos e, d) encontrar algum padrão objetivo para o acordo (FISHER, URY, PATTON, 1994: 28-30).

Esta metodologia traz a noção de que os participantes do conflito são solucionadores do problema em questão, não contendores; a meta é um resultado sensato, atingido de modo eficiente e amigável (FISHER, URY, PATTON, 1994: 30).

Em relação às pessoas envolvidas no conflito, é necessário dizer que possuem emoções, valores e diferentes antecedentes e pontos de vista (FISHER, URY,

PATTON, 1994: 37). Esse aspecto é importante, inclusive no conflito previdenciário, onde o processo (a ser conciliado ou não) é a história da vida da pessoa, sua garantia de subsistência, etc.

A diferença entre interesses e posições é fundamental, pois são os interesses, desejos, necessidades e temores de cada lado que definem o problema, e para cada interesse existem alternativas, várias posições capazes de satisfazê-lo. Por vezes atrás de posições conflitantes há interesses compatíveis e conciliáveis (FISHER, URY, PATTON, 1994: 58-60).

Os interesses mais poderosos são as necessidades humanas básicas, como segurança, bem-estar econômico e reconhecimento (FISHER, URY, PATTON, 1994: 66-67). Esse caráter alimentar básico é bastante relevante no conflito previdenciário; causa bastante impacto na resolução desse tipo de conflito.

Por fim, a teoria da negociação nos fornece outro conceito bastante relevante para tratarmos do conflito previdenciário. Cuida-se da ideia de uma *melhor alternativa à negociação de um acordo* ou MAANA. Não há bom acordo ou técnica adequada de negociação quando o outro lado possui posição de barganha mais forte, sendo mais rico, tendo melhores ligações ou armas mais poderosas (FISHER, URY, PATTON, 1994: 117-126). Aqui, pensando no conflito previdenciário, tem-se que a melhor alternativa seria, em certos casos, recorrer às medidas judiciais tradicionais.

3.3.3. Conciliação e mediação.

Neste tópico, nossa pesquisa se debruçará com mais vagar sobre os temas da *mediação* e da *conciliação*, mecanismos mais propícios à resolução do conflito previdenciário.

A conciliação, no preciso conceito de ZAPPAROLLI (2012: 37), é “uma forma de resolução pacífica de disputas e de lides administrada por um terceiro investido de autoridade decisória na questão posta ou delegado por quem a tenha, judicial ou extrajudicialmente, a quem compete aproximar as partes, gerenciando e controlando as negociações, aparando arestas, sugerindo e formulando propostas, no sentido de apontar

vantagens e desvantagens, sempre visando um acordo”. Não obtido o acordo, isto é, frustrada a conciliação, a autoridade proferirá sua decisão e resolverá o conflito.

Trata-se de modalidade de ADR que exige a revisão da postura tradicional do juiz (valendo o mesmo para aquele que atue como conciliador), sendo necessário que se apresente como pessoa acessível, informal, próximo às partes, dotado de conhecimento interdisciplinar e inteligência emocional. Quanto ao acordo, os termos do ajuste devem ser propostos com clareza, especialmente quando dirigidos a pessoas de origem humilde (BACELLAR, 2011: 192-193).

A conciliação ainda exige participação ativa de ambas as partes, não se resumindo à obtenção/celebração do acordo. Para tanto, é necessário que o terceiro imparcial promova ativamente a comunicação, aproximando os indivíduos, colaborando para a identificação dos interesses, ajudando a pensar soluções criativas e estimulando as partes a serem flexíveis. Pode apresentar, se necessário, sugestões para resolver o conflito (TARTUCE, 2012: 159).

A *conciliação pré-processual* ocorre anteriormente ao processo, em ambiências ou espaços institucionais decisórios ou validatórios (judiciais, administrativos ou arbitrais, etc.). Frustrada a conciliação pré-processual, ocorrerá o encaminhamento para a solução da disputa por meio da propositura de um processo naquele mesmo espaço (ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 105).

Segundo ZAPPAROLLI e KRÄHENBÜHL (2012: 105), conciliações pré-processuais realizadas em outros âmbitos, como nas Defensorias Públicas, Centros de Integração ou Cidadania ou instituições que trabalhem com as ADRs mas não possuam poder ou não sejam as instâncias decisórias, caracterizam, na realidade, negociação auxiliada ou facilitada por um terceiro, ou mesmo mediação, mas não se tratará de conciliação. Insistem as autoras na diferença da presença da autoridade que, frustrada a conciliação, decidirá a disputa, o que afeta substancialmente diversos aspectos da comunicação entre os envolvidos, as formalidades necessárias, a forma das narrativas e a disposição para conversar, os reflexos no processo decisório, etc.

A conciliação consiste em uma solução vantajosa para o Poder Judiciário porque se traduz em uma forma mais célere e menos custosa de gerir o conflito, desafogando a pauta dos Tribunais. Para o jurisdicionado, contudo, não há uma resposta definitiva a respeito das vantagens da conciliação, o que deve ser analisado conforme as circunstâncias concretas, visto que muitas vezes a conciliação judicial é desvirtuada, passando a valer aos interesses de quem quer pagar menos ou atrasar o processo (TARTUCE, 2012: 157-158).

Nesse rumo, muitas vezes a conciliação redunda em “pseudoautocomposição”, correspondendo apenas a um mecanismo para o Poder Judiciário se livrar de casos e processos. Isso ocorre quando se força o acordo¹⁴⁹, o que somente se presta a piorar o quadro de desalento e desconfiança quanto à eficiência do sistema judiciário, pois o conflito provavelmente tornará a ser apreciado na esfera judicial (TARTUCE, 2012: 165-167; SILVA, 2010: 61; ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 64; MANCUSO, 2011: 123, que indica a desigualdade entre litigantes habituais e litigantes eventuais como dificuldade para a obtenção do acordo sadio).

Contudo, no procedimento da conciliação, o fato de pactuar o modo de cumprimento do acordo, sem renúncia a direitos indisponíveis ou sem exercício indevido de poder não gera nulidade, ilegalidade ou inconstitucionalidade (ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 108).

Ocorre muitas vezes o encaminhamento aleatório de processos para os Setores de Conciliação, sem triagem prévia cuidadosa, normalmente em semanas de mutirão, onde essa prática é massificada. A doutrina também aponta a inadequação do juízo responsável pela audiência de conciliação proferir decisões liminares ou de antecipação de tutela nos processos em que ocorre a tentativa de conciliação, o que gera uma espécie de “jurisdição bipartida”: ao mesmo tempo em que se procura conciliar as partes busca-se atender igualmente às situações de urgência (ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 109).

¹⁴⁹ A autora citada elenca algumas das formas de forçar o acordo: a) explorar as desvantagens de estar em juízo (custos, demora e resultado duvidoso); b) intimidar e pressionar; c) prejudicar a causa, com comprometimento da imparcialidade (TARTUCE, 2012: 169-173).

Um ponto crítico na realização da conciliação judicial reside na identificação dos exatos limites da “antecipação do julgamento” provável da lide (TARTUCE, 2012: 171-173). Essa dificuldade de encontrar ou vislumbrar o resultado provável da lide acaba por acentuar a assimetria informacional, algo bastante presente e relevante no conflito previdenciário, tema ao qual voltaremos oportunamente.

A conciliação não possui a finalidade de melhorar a qualidade da relação entre as partes, pois atua apenas sobre determinada porção do conflito. Assim, é adequada apenas para relações eventuais, episódicas, não sendo indicada para relações continuadas, ou, no caso destas, apenas quando não ocorrer intervenção mais aprofundada na administração do conflito (ZAPPAROLLI, 2012: 38)¹⁵⁰.

Porém, mesmo nas conciliações em ações individuais (como é típico das ações previdenciária), deveria ocorrer monitoramento dessa prática, para identificação de interesses coletivos ou difusos, a permitir um tratamento coletivo e mais adequado (ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 110, 115).

Em relação à *mediação*, esta pode ser definida, a partir de seus objetivos, como o “instrumento voltado essencialmente às relações continuadas, em seu processamento a dinâmica de funcionamento das inter-relações deve ser preservada ao máximo, para que seja trabalhada a funcionalidade sistêmica, que se perderia ao focalizar em parte dos envolvidos” (ZAPPAROLLI, 2012: 46).

Segundo ZAPPAROLLI e KRÄHENBÜHL (2012: 38), “o objetivo da mediação não é necessariamente a obtenção de um acordo, mas gerar a transformação no padrão de comunicação entre os mediandos, para a construção da funcionalidade relacional. A mediação pode levar ao acordo, proporcionando opções e soluções mutuamente satisfatórias construídas pelos próprios mediandos. Isso não faz com que seja o acordo o objetivo da mediação. Nessa hipótese não se deve perder de vista a totalidade do conflito que não se resume apenas à administração de disputas pontuais”.

¹⁵⁰ Isso é o que ocorre na conciliação judicial realizada nas ações previdenciárias, onde prevalece o modelo acordistas, visando principalmente a redução de acervo judiciário, e não se trabalham possíveis causas do conflito previdenciário (SERAU JR., 2014a).

Ademais, “na mediação propõe-se o trabalho dos conflitos em sua integralidade, tanto no âmbito intersubjetivo como em suas interfaces comunitárias e sociais. Assim também em todas as suas expressões: relacionais e jurídicas, sejam elas cíveis, de família ou criminais. Abrangendo todas as dimensões conflitivas, sejam elas em segurança, saúde, educação, trabalho, etc. Portanto, não se atém a soluções fragmentárias e setorializadas de mera contenção, restritas a disputas jurídicas e/ou processuais” (ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 39). Nesse ponto, verifica-se que a mediação é o procedimento ideal para conflitos policêntricos, isto é, com vários focos de tensão (LORENCINI, 2009: 617).

A mediação é preferível nas relações interpessoais continuadas, particularmente aquelas travadas no âmbito do Direito Privado, como no caso de contratos, responsabilidade civil, direitos reais, direito de família e sucessões, além de todo o ramo empresarial (TARTUCE, 2008: 268-293; no mesmo rumo: ALMEIDA, PELAJO, 2012).

VEZZULA (2013: 73-74) entende que a mediação é um procedimento cooperativo de resolução de conflitos, onde não há renúncia ou regateio de direitos, mas transformação da aparente oposição em objetivo comum, visando a satisfação de todos. Trata-se, então, de harmonização das condutas sociais, sem recurso às soluções violentas, impostas, como é o caso da decisão judicial.

Para MELLO DIAS (2009: 572), a mediação “é o procedimento flexível e não vinculante, mediante o qual uma terceira pessoa neutra, denominada mediador, atua no sentido de incentivar e facilitar a solução de uma controvérsia entre duas ou mais partes. O processo é informal e não contraditório e tem por objetivo auxiliar as partes conflitantes a chegar a um acordo mutuamente satisfatório e voluntário. Na mediação a autoridade decisória é das partes”.

Os princípios informadores da mediação podem ser resumidos nos seguintes: a) princípio ético ou de valorização da dignidade; b) poder de decisão atribuído às partes ou poder de autodeterminação; c) informalidade; d) participação de um terceiro imparcial e, e) não competitividade (TARTUCE, 2008: 210-221). Vezzula (2013: 77-87), de sua parte, sugere, dentre outros, os seguintes princípios informadores da

mediação¹⁵¹: a) ter informação antes de decidir; b) imparcialidade ativa do mediador; c) trabalhar para o presente e para o futuro, não para o passado, como ocorre no Poder Judiciário; d) boa-fé das partes em mediação; e) caráter voluntário da mediação.

Dentre as finalidades da mediação podemos elencar as seguintes: a) restabelecimento da comunicação entre as partes em conflito; b) preservação do relacionamento entre as partes em conflito; c) prevenção de conflitos e pacificação social; d) trata-se de um aspecto de democracia participativa (TARTUCE, 2008: 222-230).

A mediação possui duas modalidades: extrajudicial ou judicial. Esta última se confunde com a conciliação judicial¹⁵²; a primeira é realizada sem o auxílio de componentes dos quadros judiciais, normalmente previamente à ação judicial (TARTUCE, 2008: 238-252). A mediação também pode ser *pré-legislativa*, tendo por objetivo gerar consenso na elaboração e aprovação de projetos de leis e também em todo o processo legislativo¹⁵³ (ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 187).

Costuma-se apontar certas limitações à utilização da mediação, especialmente nas hipóteses de impossibilidade de renúncia ao direito, assim como no caso de situações em que esta se revele inadequada, como quando ocorre violência física ou na hipótese de grande desequilíbrio entre as partes, sendo aí preferível a solução judicial do conflito (TARTUCE, 2008: 264-268).

A Resolução CNJ nº 125/2010 trata de modo similar os institutos da mediação e da conciliação, em que pese a crítica doutrinária acima apontada. De fato, a mediação judicial, ou seja, aquela realizada dentro do âmbito judicial, não é mais do que modalidade de conciliação, visto que ocorre sob a tutela daquele que possui poder decisório (possibilidade de decidir a causa), em um ambiente afetado e pautado pela

¹⁵¹ O autor ainda elenca vários outros princípios informadores da mediação, os quais não julgamos pertinentes à resolução do conflito previdenciário, conforme trataremos em tópico vindouro.

¹⁵² Na literatura norte-americana somente se encontra a expressão *mediation*, e quase nunca *conciliation*, dividindo-se a *mediation* em *mediation facilitative* – que corresponde apenas à busca do acordo – e *mediation evaluative*, onde se faz uma intervenção mais pormenorizada (SILVA, 2014: 41).

¹⁵³ As autoras dão como referência de mediação pré-legislativa em que atuaram projeto ocorrido na Câmara Municipal de São Paulo, na década de 1990, a respeito da padronização das exigências para expedição de alvará de funcionamento de templos religiosos (questões de acústica, segurança e proteção estrutural, por exemplo), da qual participaram inúmeras denominações religiosas, tendo sido obtido consenso prévio em relação ao projeto de lei votado pelo órgão legislativo (ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 187-188).

cultura adversarial, faltando também os requisitos de informalidade e voluntariedade que caracterizam a mediação (VEZZULA, 2013: 82-84; no mesmo sentido: MANCUSO, 2009: 230-233).

PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA (2010: 41) argumenta que há certa idade conceitual entre mediação e conciliação e tal diferenciação só é importante do ponto de vista prático, para que se utilize, no caso concreto, o que há de melhor em cada uma das técnicas, classificando-as, portanto, com base em sua funcionalidade¹⁵⁴.

3.3.4. ADR envolvendo a Administração Pública.

A presença da Administração Pública no conflito altera as características do desenho, o papel dos atores envolvidos, o nível de institucionalização, os desafios e dificuldades da resolução extrajudicial de conflitos, que assume contornos próprios (GABBAY; CUNHA, 2010: 13-15). As características da Administração Pública não impedem a realização de ADRs quanto a conflitos de que faça parte; apenas impõem certos condicionamentos (MAZZONETTO, 2014: 282-284).

As ADRs envolvendo a Administração Pública possuem dificuldades típicas, derivadas das amarras próprias da atividade administrativa: restrições à autocomposição, limites à negociação pela Administração Pública, pagamentos das dívidas através do sistema de precatórios (amenizado pelo pagamento imediato das obrigações de pequeno valor), restrições orçamentárias, responsabilidade do gestor público, indisponibilidade do bem público e posição restritiva dos Tribunais de Contas quanto aos meios alternativos de resolução de disputas (GABBAY; CUNHA, 2010: 14, 74-75; CALMON, 2011: 107).

Tais desafios e dificuldades, porém, não são intransponíveis. Conforme SALLES (2011: 02-04), o desafio é equilibrar as exigências de Direito Público com as

¹⁵⁴ A conciliação se presta a tratar relações patrimoniais, episódicas, visando o acordo, com uma intervenção superficial do conciliador; mediação, por sua vez, cuida das relações não patrimoniais e continuadas, buscando uma composição mais detalhada do conflito a partir de uma atuação mais profunda do mediador sobre as causas do conflito (SILVA, 2014: 41).

características mais ágeis e vantagens inerentes às ADRs¹⁵⁵, atingindo-se estratégia minimalista, restrita ao resguardo dos princípios constitucionais que delimitam o funcionamento do Estado, com o objetivo de garantir a responsividade (*accountability*) as ações administrativas.

O conceito de *indisponibilidade do interesse público* merece destaque como uma dessas dificuldades que apontamos. Reconhece-se a necessidade de diretrizes menos rígidas para a ADR envolvendo a Administração Pública, pautada por outra forma de *accountability* (GABBAY; CUNHA, 2010: 75, 80-81). Sobretudo porque não há um sentido unívoco para o termo *indisponibilidade*, ou de seu antônimo, *disponibilidade*, conforme arguto alerta de CARLOS ALBERTO DE SALLES (2014: 211-212)¹⁵⁶.

Há que romper com o mito da indisponibilidade dos direitos tutelados pela Administração Pública¹⁵⁷. O que é indisponível é o interesse público, de titularidade da coletividade social como um todo, o qual não se confunde com o interesse ou posição de um determinado órgão ou entidade administrativa. O interesse público não veda o reconhecimento de direitos legítimos (VAZ, 2012: 33; MANCUSO, 2011: 358). Não se deve confundir “indisponibilidade com intransigibilidade, pois esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação”, como é o caso da improbidade administrativa (SOUZA, 2014: 194).

A consensualidade administrativa não implica em disponibilidade do interesse público, pois há potenciais efeitos positivos da atuação consensual no lugar da atuação administrativa imperativa, que seriam a economia de tempo e recursos, a redução

¹⁵⁵ O autor desenvolve seu raciocínio falando especificamente da arbitragem envolvendo contratos administrativos, mas acreditamos que esse argumento pode ser levado, com propriedade, a todos os mecanismos de ADR envolvendo a Administração Pública.

¹⁵⁶ SALLES (2014: 212-214) indica que existe *indisponibilidade material*, que é aquela que se vincula à qualidade do objeto, isto é, do bem jurídico objeto de proteção, e indisponibilidade normativa, que se refere à qualificação das próprias normas jurídicas, tidas como cogentes ou dispositivas, e aí se trata de saber acerca da própria aplicação de determinadas normas jurídicas. No campo do Direito Administrativo, essas distinções se fazem presentes, embora a regra seja a *disponibilidade condicionada* e não a indisponibilidade, como se pensa costumeiramente, sujeita aquela a certo devido processo legal administrativo. Tudo isso causa impacto na forma como se realiza a ADR em relação a litígios em que é parte a Administração Pública, mas não se impede sua efetivação; há apenas mecanismos condicionantes.

¹⁵⁷ Há uma crítica radical, de cunho marxista, que demonstra o idealismo que há por trás da concepção de que o Estado encarna a racionalidade da vida social e, portanto, seus interesses seriam superiores, inarredáveis. Essa postura é, sobretudo, ideológica (MIAILLE, 2005: 126). Superada, nada obsta a possibilidade de haver conciliação também em torno de conflitos a respeito de direitos titularizados e/ou promovidos pelo Estado, pois inexistente ou inverídica a ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse individual.

da litigiosidade com a maior aceitação da decisão tomada pela autoridade, bem como o maior direcionamento da decisão consensual para o problema colocado pela situação fática, restando o acordo administrativo um efetivo instrumento de satisfação da finalidade pública (PALMA, 2014: 162-163).

Argumenta-se que a concepção da indisponibilidade do interesse público pelo administrador já é um padrão em parte superado, ao menos no âmbito da Justiça Federal, desde a criação dos Juizados Especiais Federais através da Lei 10.259/01¹⁵⁸ (CALMON, 2011: 108).

Nesse ponto, merece menção a diferença entre *posição* e *interesse*. Essa distinção, elaborada na teoria da negociação desenvolvida em Harvard, esclarece que nem sempre a posição revela o verdadeiro interesse do *player*. *Posição* é o que o sujeito manifesta querer ou não querer, suas exigências, os termos e condições por ele impostos, além do que diz que fará ou não fará; o *interesse* é a identificação das reais necessidades, aspirações, motivações, preocupações, temores e desejos dos envolvidos - indica o que realmente é relevante para a parte. O interesse é o que move a parte; corresponde aos motivos subjacentes à posição manifestada (ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 68-69).

Os interesses reais podem não ser antagônicos, e as disputas devem ser trabalhadas nesse viés para que possam ser superadas. A distinção entre posição e interesse pode ser aproveitada para a análise da atuação do INSS, a melhor visualização de seus interesses e o repensar da noção de interesse público envolvido em conflitos que se pretende resolver consensualmente com a Administração Pública.

O princípio da legalidade também não se coloca como óbice à realização de atuação consensual por parte da Administração Pública, pois é ampla a possibilidade da interpretação jurídica, inexistindo, em regra, um sentido único para a maior parte das

¹⁵⁸ Sob o ponto de vista histórico, vale a pena registrar que a partir de 2003 criam-se diversos projetos de mutirões conciliatórios no âmbito da Justiça Federal, nos cinco Tribunais Regionais Federais, começando em relação a processos versando sobre financiamento imobiliário (Sistema Financeiro da Habitação) com a Caixa Econômica Federal, passando para outras matérias, inclusive as questões previdenciárias (CALMON, 2011: 108-114).

normas jurídicas¹⁵⁹, sendo inviável um mero *dedutivismo formal* (FREITAS, 2014: 14-18) ou mesmo um *fetichismo da norma jurídica* (MIAILLE, 2005). Esse argumento é desenvolvido com maestria por LUCIANE MOESSA DE SOUZA (2014: 195-196):

“Pretende-se extrair do princípio da legalidade a consequência de que o ordenamento jurídico não deixa nenhum espaço para a negociação no momento de aplicação da lei ao caso concreto. Ora, não é necessário sequer ter conhecimentos jurídicos especializados para se ter ouvido falar das múltiplas interpretações possíveis acerca de cada norma. Também é fato notório e frequente (embora evidentemente indesejável) a presença de lacunas e contradições em nossa ordem jurídica, nem todas solucionáveis pelos critérios hierárquico, temporal e de especialidade. A isto pode se acrescentar o fenômeno ineliminável da colisão entre direitos fundamentais, da qual decorre a potencial colisão entre políticas públicas.

(...)

O potencial de conflitos é imenso – e o recurso à legalidade pura e simples não fornece nenhuma solução. É preciso encontrar maneiras criativas de compatibilizar tais direitos fundamentais e as políticas públicas que devem garanti-los. Para este fim, a verificação das normas jurídicas aplicáveis ao caso é apenas o ponto de partida da negociação, a moldura que lhe traça os limites.”

Também o princípio da isonomia não se impõe como obstáculo à consensualidade administrativa, bastando para seu efetivo respeito que eventuais acordos administrativos sejam aplicados igualmente a todas as situações semelhantes, o que demanda prévio estudo de viabilidade técnica e financeira (SOUZA, 2014: 197), sobretudo em conflitos repetitivos ou de massa, como é o caso do conflito previdenciário.

Outro fator importante é a inexistência de mecanismos internos da Administração Pública que permitam encontrar uma resposta rápida à proposta de resolução extrajudicial de conflitos. Comumente são diversas as instâncias administrativas necessárias à tomada de decisão (GABBAY; CUNHA, 2010: 75-76)¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Segundo MARC GALANTER (1984: 153-156), o ideal de uma vida inteiramente regulamentada por normas preestabelecidas é somente uma miragem ou quimera. Esse ideal supõe que as regras estabelecidas no nível elevado do Parlamento ou de uma Corte Suprema tenham um sentido determinado, único, que não abre espaço a sua interpretação/aplicação em situações particulares. A maior parte das regras são ambíguas e permitem interpretações diversas. Trata-se do velho embate entre o direito vivo em contraste com o direito formal (*law on the books*).

¹⁶⁰ Esse é o conceito de *ato administrativo complexo*, que no dizer de VÁZQUEZ (1981: 11), “es aquél en que la voluntad administrativa emana de dos o más órganos. (...) Lo que singulariza el acto complejo es que la declaración de voluntad administrativa se concreta con la intervención, conjunta o sucesiva, de dos o más órganos”.

Há dificuldade de identificar o *designer* da solução extrajudicial de conflitos envolvendo a Administração Pública. A preferência oscila entre o Ministério Público, por sua distância em relação ao conflito e seu papel fiscalizador, e o Poder Judiciário, diante de seu distanciamento, imparcialidade, poder de coerção e adstrição à legalidade, em que pese o risco de vir a julgar a questão, com prejuízo à sua imparcialidade (GABBAY; CUNHA, 2010: 45-46).

Outra dificuldade consiste no modo de funcionamento da triagem de processos (*screening processs* no modelo inglês e norte-americano) que envolvam a Fazenda Pública que possam ou não, e sob que modalidade, submeter-se a processos de ADR.

Outras características que normalmente são atribuídas às conciliações judiciais, como as vantagens de serem praticamente despidas de custos, sua celeridade ou sua possibilidade de execução imediata, bem como a idoneidade a solucionar questões simples do cotidiano, dispensando a cara e complexa ação judicial (BUZZI, 2011: 45-47), devem ser analisadas criticamente quando se tem à frente a conciliação judicial face a Administração Pública. O cenário costuma ser bastante diferente, inclusive no tocante aos custos (que existem para a manutenção desses programas).

É sobretudo, o pouco comprometimento da Administração Pública que pode inviabilizar os programas de resolução extrajudicial de conflitos em que seja parte. Especialmente pelo fato de que é o próprio causador do conflito (BUZZI, 2011: 46, 76, 85; MANCUSO, 2011: 102; GABBAY, ASPERTI, 2014: 169). Já em 2005, durante a realização do primeiro mapeamento nacional sobre os programas institucionais de resolução não judicial de conflitos, identificou-se a necessidade de formulação de políticas públicas e coordenação de ações no campo das ADRs, sendo que uma das medidas capitais seria o incentivo à adesão a tais práticas pelo Poder Executivo (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2005: 53-55).

Nenhum destes tópicos referentes à ADR em relação à Fazenda Pública é ausente do conflito previdenciário. Muito ao contrário, são características presentes nesse tipo de controvérsia, as quais serão discutidas adiante.

Como parâmetro/exemplo internacional, podemos indicar a existência da *Recommandation Rec (2001) 9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées*¹⁶¹, que consagra no âmbito normativo vigente na União Europeia, a maior parte desses tópicos que aqui aventamos sobre a resolução consensual de litígios envolvendo a Fazenda Pública.

Ainda no campo internacional, vale dizer que o Brasil é signatário da Convenção Multilateral Ibero-Americana de Segurança Social (realizada em 10.11.2007, no Chile), destinada a proteger o trabalho e a cobertura previdenciária dos trabalhadores migrantes, nos países signatários. Esta Convenção prevê que as controvérsias em torno de sua aplicação e interpretação sejam sanadas através de negociação ou, frustrada essa, através de arbitragem (Art. 28)¹⁶².

No Brasil, embora a mediação e a conciliação envolvendo a Administração Pública já sejam praticadas, especialmente a partir da Resolução nº 125, do CNJ, há a

¹⁶¹ A Rec (2001) 9 foi adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu na reunião de 05 de setembro de 2001, na 762ª reunião de Delegados dos Ministros e fomenta a utilização de ADRs para a resolução de conflitos entre particulares e autoridades administrativas no âmbito da União Europeia. Toma como premissas o grande número de processos existentes em face das autoridades administrativas e, decorrente desse fator, o grande atraso no acesso aos direitos por parte dos administrados, bem como que o processo judicial nem sempre seria o mais apropriado à resolução de tais conflitos. A Recomendação explicita as vantagens da resolução amigável de conflitos, mesmo em relação com a Administração, e que isto seria possível a partir de uma perspectiva não vinculada apenas à legalidade estrita, mas a uma maior discricionariedade do administrador, o que, entretanto, não seria mecanismo de burla às obrigações decorrentes do princípio da legalidade; outrossim, não se afastaria o controle jurisdicional, considerado como garantia última dos direitos de administrados e administradores. A Recomendação em tela estabelece como mecanismos alternativos de resolução de conflitos entre particulares e a Administração a conciliação, a mediação, a arbitragem, a transação e o recurso administrativo; tais mecanismos podem ser preventivos, impedindo o recurso à esfera judicial, mas também podem ser empregados no curso das ações judiciais. Os mecanismos alternativos de resolução de conflitos com a Administração Pública se prestam a situações como atos administrativos individuais, contratos administrativos, responsabilidade civil e, de modo geral, aos litígios que tem por objeto uma soma de dinheiro.

¹⁶² Transcreve-se, aqui, o referido dispositivo:

“Art. 28. Solução de Controvérsias.

1. Os Estados Parte procurarão resolver qualquer controvérsia relacionada com a interpretação ou aplicação da presente Convenção mediante negociação.

2. Qualquer controvérsia entre dois ou mais Estados Parte acerca da interpretação ou aplicação da presente Convenção que não possa ser resolvida mediante negociação dentro de um prazo de quatro meses deve, a pedido de um desses Estados, ser submetida à arbitragem de uma Comissão Composta por um nacional de cada Estado Parte e por uma pessoa nomeada de comum acordo, a qual actua como Presidente da Comissão. Se, decorridos quatro meses após a data do pedido de arbitragem, os Estados Parte não chegarem a um acordo sobre o árbitro, qualquer deles pode solicitar à Secretaria-Geral Ibero-Americana, através da OISS, que o designe.

(...)

A decisão da Comissão é definitiva e obrigatória.”

previsão da edição de marco legal específico, que consiste, atualmente no PLS nº 517/2011, com texto final revisado em 11.02.2014, de autoria do Senador Vital do Rego, o qual compila três outros Projetos que já tramitavam no Senado Federal¹⁶³.

¹⁶³ Eis o teor daquele Projeto de Lei, no que nos interessa:

“CAPÍTULO II - DA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM QUE FOR PARTE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

Seção I - Disposições Comuns

Art. 30. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com competência para:

I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública;

II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e o funcionamento das câmaras de que trata o *caput* serão estabelecidos em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o *caput* é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e, exceto no caso do inciso I, constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no *caput* deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo ou que possam acarretar onerosidade excessiva para a Administração Pública.

§ 5º Não se aplica o disposto nos incisos II e III do *caput* às controvérsias jurídicas em matéria tributária.

Art. 31. A instauração de procedimento administrativo para resolução consensual de conflito no âmbito da Administração Pública suspende a prescrição.

§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo positivo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data da formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2º Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

Seção II - Dos Conflitos Envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações

Art. 32. A solução de controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I – autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II – parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada a transação por adesão não implica renúncia tácita à prescrição, nem sua interrupção ou suspensão.

Art. 33. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública Federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar a composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-

3.4. Órgãos judiciais envolvidos na solução do conflito previdenciário.

3.4.1. Justiça Federal.

Neste tópico indicaremos os marcos normativos e fundamentação constitucional e legal que estabelecem a Justiça Federal como o órgão judicial precípua de solução judicial das demandas judiciais previdenciárias. A começar do art. 109, inciso I, da Constituição Federal:

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

A competência da Justiça Federal, regulamentada pela Lei 5.010/66, está relacionada diretamente com os interesses da União Federal (e suas autarquias, fundações e

Geral da União solicitará ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para a quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro relator.

Art. 34. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais submeter seus litígios com órgãos ou entidades da Administração Pública Federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Art. 35. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

I – não se aplicam as disposições dos incisos II e III do *caput* do art. 30;

II – as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços não poderão exercer a faculdade prevista no art. 34;

III – quando forem partes as pessoas a que alude o *caput* do art. 33:

a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia ao direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.

Art. 36. A propositura de ação judicial em que figurem nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a Administração Pública Federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.

Parágrafo único. A competência de que trata o *caput* poderá ser delegada.

Art. 37. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.”

empresas públicas federais), ao passo que a Justiça Estadual, de competência residual, vincula-se aos interesses dos Estados-membros, municípios e dos particulares¹⁶⁴.

Na primeira instância a Justiça Federal é composta, em cada Estado da Federação, por uma Seção Judiciária, que é dividida em Subseções Judiciárias, que são regiões menores dentro do Estado, compreendendo um ou mais municípios. Na segunda instância, a Justiça Federal é composta por cinco regiões, havendo em cada uma delas um Tribunal Regional Federal que abrange vários Estados da Federação.

A partir de 1987 é relevante a interiorização da Justiça Federal no Brasil. Até então haviam sido instaladas Varas Federais apenas nas capitais dos Estados, e a mudança de estrutura judiciária operada a partir de então foi muito importante para a democratização do acesso à justiça em seu âmbito federal. Em momento mais recente (2002) ocorre nova revolução democrática na jurisdição federal, com a instalação dos Juizados Especiais Federais – isto, porém, será matéria do próximo tópico.

Para se tenha uma idéia da magnitude da tarefa empreendida pela Justiça Federal deve-se mencionar certas cifras. Considerando o ano de 2011, quando foi realizado o último Relatório Justiça em Números pelo CNJ, o orçamento total da Justiça Federal foi de R\$ 6,8 bilhões, o que corresponde a 0,16% do PIB e a 0,4% dos gastos da União Federal; em termos de material humano, quase 36 mil pessoas envolvidas, entre magistrados, servidores e terceirizados (CNJ, 2012a: 170, 202-203).

3.4.2. Juizados Especiais Federais.

Dentre as estratégias de atualização do Poder Judiciário delineia-se a diversificação das jurisdições especializadas, a fim de dar conta da expansão quantitativa dos litígios e da crescente complexidade técnica e material dos processos, além da desformalização das demandas de pequena monta, com ênfase nas soluções conciliatórias e extrajudiciais¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Neste trecho utilizamos como referência sobre a competência da Justiça Federal a obra de BOCHENEK (2013: 246-249).

¹⁶⁵ É o que resulta da dicção do art. 98, I, da Constituição Federal:
“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

Os Juizados Especiais, inclusive os Federais (competentes para julgamento das ações previdenciárias), corresponderiam a essa tentativa de democratização do acesso à justiça. Seriam uma *nova arena* de solução judicial de conflitos, com lógica e procedimentos distintos daqueles que envolvem os procedimentos tradicionais do Estado, pautados pela celeridade, informalidade, adequação e atitude conciliatória, na tentativa de resgatar o prestígio do Poder Judiciário (CUNHA, 2009: 129; SADEK, 2009: 424-426; MANCUSO, 2009: 156-157)¹⁶⁶.

Os Juizados Especiais Federais foram concebidos com a finalidade de inverter a lógica positivista legalista de examinar a norma jurídica sem vinculação com o exame de sua legitimidade social e sua adaptação para a situação concreta em que está sendo aplicada. Almejou-se adequar a justiça previdenciária à realidade sócio-econômica brasileira, em uma tentativa de obter equidade através da atuação dos juízes, especialmente pela mitigação da lei escrita a partir de uma interpretação sociológica em consonância com as normas e os valores constitucionais (VAZ, 2011: 61). Além disso, no sistema dos juizados especiais preconiza-se uma atenção à formação diferenciada dos juízes e conciliadores, bem como se defende uma atuação diferenciada dirigida às partes, principalmente o cuidado com a linguagem e a abordagem pessoal. No mais, dá-se primazia à atuação do juiz como conciliador e não como “sentenciador” (CUNHA, 2009: 107-110).

De fato, preconizou-se que a conciliação seria o mecanismo mais adequado de solução dos conflitos que chegassem aos Juizados Especiais, pois estes se caracterizariam como de pequeno valor e complexidade (FERRAZ, 2009: 396-399). Assim, os Juizados Especiais Federais se enquadrariam em um contexto de sistema de justiça de tipo “multiportas”, pretendendo-se o procedimento ou a via judicial mais

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (...)

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.”

¹⁶⁶ As autarquias e empresas públicas federais foram os órgãos públicos que mais se opuseram à criação dos Juizados Especiais Federais, pois seriam os mais diretamente afetados. O temor era de não alcançarem o elevado número de vitórias judiciais que obtinham no Superior Tribunal de Justiça, esfera judicial que dificilmente seria acessada com os processos em trâmite no microssistema processual dos juizados especiais federais (CUNHA, 2009: 59-60).

adequada à demanda judiciária federal de pequena monta, especialmente as questões previdenciárias da população carente¹⁶⁷.

Os Juizados Especiais Federais realmente atenderam a essa demanda reprimida por direitos que escapava ao abrigo do Poder Judiciário. Criados em 2001 e implementados a partir de 2002, conheceram um crescimento vertiginoso em sua procura, estabilizada, atualmente, em cerca de 1,2 milhões de novos processos todos os anos. Destaque-se que nos Juizados Especiais Federais o INSS é réu em 73,1% dos processos que lá tramitam (CJF, 2012: 12-13, 67-69).

A estratégia acima descrita, paradoxalmente, permite também o aprisionamento, domesticação e redução do significado político e social do conflito¹⁶⁸ (FARIA, 1992: 117), pois a pequena causa previdenciária só é “pequena” em termos de valor econômico, mas não de complexidade ou importância social, por isso não se pode preconizar, descuidadamente, a desformalização processual¹⁶⁹.

No caso dos princípios da informalidade e simplicidade, por vezes preconizados como vetores das soluções para o conflito previdenciário, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Federais, argumenta-se que acarretam sobrecarga à atuação dos magistrados, ensejando a necessidade de consultas a órgãos públicos e necessidade de determinação de produção de provas, de ofício, por parte destas autoridades (MAIA, 2013: 63).

Essa mencionada sobrecarga de trabalho dos juízes que atuam em matéria previdenciária implicaria na impossibilidade ou na renúncia da tarefa de buscar a verdade real, algo extremamente valioso nas ações previdenciárias. Verifica-se a subutilização dos

¹⁶⁷ Pesquisa realizada pelo CJF demonstra a dimensão de importância deste tipo de órgão julgador: a partir de 2003, a Justiça Federal vem se estruturando a partir dos Juizados Especiais Federais, com estratégias de interiorização; instalação de mais Varas de Juizados que Varas Federais comuns e, finalmente, criação de mais Juizados Federais autônomos que Juizados Federais Adjuntos às Varas Federais Comuns (CJF, 2012: 43).

¹⁶⁸ A enorme demanda que ocorre aos JEFs certamente é fruto da retirada do Estado Social, fator que enseja a judicialização das prestações materiais destinadas ao bem-estar da população (VAZ, 2014: 335-336).

¹⁶⁹ Em relação ao campo da instrução probatória, especificamente à prova pericial, destaca WILLIAM SANTOS FERREIRA (2014) essa polêmica de que as ações previdenciárias que tramitam nos Juizados Especiais Federais são de pequena expressão econômica, mas de modo algum deixam de ser complexas do ponto de vista jurídico ou probatório, a exigir a realização de complexa e rigorosa prova pericial no caso das ações visando benefícios por incapacidade.

poderes instrutórios conferidos ao juiz pelas normas processuais civis, com prejuízo à qualidade das decisões judiciais (VAZ, 2011: 73-74, 76), além de uma verdadeira tendência à ordinarização do procedimento, o que consiste em grave barreira à obtenção de soluções consensuais para os litígios (VAZ, 2014: 335).

Há visão restritiva que defende que a fragilidade de certas situações fáticas afasta as formalidades processuais, mas isso não deve imperar no cenário comum, pois se inunda os Juizados Especiais Federais, inclusive com risco de comprometer seu funcionamento e a qualidade de seus serviços, com inúmeras ações temerárias: buscando teses já pacificadas; ausente o requerimento administrativo prévio; inexistente o cumprimento do ônus da prova ou através de pedidos genéricos (MAIA, 2013: 59-62).

Assim, a expansão/interiorização da Justiça Federal, principal órgão judiciário responsável pela resolução da controvérsia previdenciária, através da primazia dada aos Juizados Especiais Federais, correria o risco de expandir um modelo já exaurido (MAIA, 2013: 60; MANCUSO, 2011: 151-152).

Deve ser formulada advertência sobre os perigos da informalidade excessiva e da “deslegalização”, as quais não podem afetar as consolidadas garantias processuais derivadas do devido processo legal. Não se pode “afastar as formalidades processuais ao extremo, sem por em perigo a existência de um certo nível de ‘qualidade’ da justiça”. Por vezes, a justiça desformalizada e destinada aos casos de pequena monta não é suficiente a dar tratamento adequado aos conflitos gerados pelas características da sociedade moderna. A descentralização da “justiça menor”, a aplicação da informalidade, a exclusão dos advogados e acentuação das funções “assistenciais” do juízo são soluções parciais e insuficientes, pois se permanece no plano da justiça contenciosa, inadequada às relações sociais duradouras e complexas, que necessitam ser conservadas (CAPPELLETTI, 2010: 77, 191-194).

Essa hipótese se aplica ao tratamento dispensado pelos Juizados Especiais Federais aos conflitos previdenciários, que vêm se configurando apenas como mais uma porta de entrada para o sistema judicial estatal, incorporando e sofrendo, dentro de seus limites, os mesmos problemas que afetam o juízo comum. Não constituiriam um novo sistema de justiça, como se imaginava, mas mera justiça especializada pelo valor da causa.

Ademais, o incremento no número de processos ajuizados, embora seja um dado importante, por arregimentar a litigiosidade contida, não corresponde exatamente a uma prestação eficaz de justiça (CUNHA, 2009: 79-80, 141; no mesmo sentido: CHAMON, 2014).

Um dos pontos em que a pretendida desformalização do procedimento observado no âmbito dos Juizados Especiais Federais redundaria em empobrecimento da prestação jurisdicional consiste na possibilidade da dispensa de advogado para o ajuizamento da demanda¹⁷⁰. A medida, estipulada como mecanismo de facilitação do acesso à justiça, na prática implica em sucateamento dos direitos dos jurisdicionados, em particular do segurado que litiga contra o INSS dessa forma.

Verifica-se que muitas vezes o segurado, ao procurar o JEF destituído de advogado, não saber formular com precisão seu pedido. Ademais, ainda que bem efetuada a *atermação* – procedimento em que o servidor do JEF põe a termo a pretensão do autor e seus dados pessoais – certo é que o servidor que a realiza não poderá, como um profissional poderia realizar, manejar as diferentes teses que existem a respeito da interpretação do Direito Previdenciário - especialmente suas pautas ampliativas.

Em termos processuais, vale ressaltar que o ajuizamento de demanda através de *atermação* pode implicar na configuração de coisa julgada em desfavor do segurado desassistido de advogado¹⁷¹, pois o procedimento para interpor recurso contra sentenças de improcedência exige a contratação de advogado, o que muitas vezes não ocorre ou se dá de modo açodado (LADENTHIM, 2014: 72-73; BEZERRA, TARTUCE, 2014: 108-109).

¹⁷⁰ É o teor do art. 9º, da Lei 9.099/95, aplicada também no âmbito federal, por obra do art. 1º, da Lei 10.259/01, que estabeleceu os Juizados Especiais Federais e determinou a aplicação subsidiária das normas ali contidas:

“Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.”

¹⁷¹ É nítida a carência de qualificação dos servidores e estagiários que fazem parte do setor de *atermação* nos Juizados Especiais Federais, valendo essa afirmação tanto para as competências específicas que exercem (atendimento e orientação ao público, como a plena compreensão dos temas que reduzem a termo) quanto para a percepção da clientela com a qual estão lidando (BOCHENEK, 2013: 382-387).

BOCHENEK (2013: 370) aponta os três grandes problemas em torno da *atermação*: a) o elevado grau de complexidade das questões jurídicas postas à apreciação judicial, em particular no campo previdenciário; b) os problemas relativos à imparcialidade dos servidores e juízes que atendem o público e, posteriormente, processam e julgam as mesmas demandas; c) a redução a termo não se restringe a descrever o pedido da parte autora, mas igualmente em análise das diversas possibilidades fáticas e jurídicas do caso, no contexto de complexidade acima mencionado¹⁷².

A dispensa de assistência por advogado, no âmbito dos JEFs também produziu outro fenômeno nefasto em termos de acesso à justiça e de exercício de cidadania: os *aliciadores* dos segurados (LADENTHIM, 2014: 74-75). Diversos agentes (despachantes, agências, bacharéis em Direito, etc., que se apresentam sob o nome de “Consultorias Previdenciárias”) oferecem aos aposentados e pensionistas “serviços” de encaminhamento aos Juizados Especiais Federais, sem o devido rigor ético do profissional do Direito e, obviamente, em troca de remuneração.

Na prática, a pretensão de utilizar um modelo pautado pela tentativa de equalização das partes e alteração das formas de resolução de conflitos é problemática em relação a processos que tenham no polo passivo a União Federal ou suas autarquias, a exemplo do INSS (BATISTA, 2014: 120). Os fatores seriam a representação profissional especializada; o acesso a recursos materiais e informacionais que a parte comum não

¹⁷² O autor citado pormenoriza esses problemas que existem em relação à *atermação* de demandas previdenciárias no âmbito dos Juizados Especiais Federais: “Esse ramo do direito apresenta cinco características que dificultam sobremaneira o entendimento jurídico (seja para a redução a termo dos pedidos ou para prestar os esclarecimentos às partes): a) a lei aplicável ao caso concreto é a do tempo da prestação do serviço e nos últimos anos ocorreram sucessivas alterações na legislação previdenciária; b) a carência ou ausência, por parte das pessoas, de conhecimentos sobre o entendimento jurisprudencial, com nuances favoráveis aos segurados e beneficiários em relação à interpretação meramente textual da legislação realizada por agentes administrativos; c) o respeito ao direito adquirido: a verificação legal dos requisitos para a concessão de benefício é realizada de acordo com a lei vigente no momento da implementação dos requisitos legais; não é incomum uma pessoa que implementa os requisitos para a concessão de um benefício, de acordo com a legislação vigente, demorar meses ou anos para requerer um benefício que será analisado pela legislação que não está mais em vigor; contudo, ela é utilizada em respeito à previsão constitucional do direito adquirido; d) a previsão legal de concessão mais vantajosa de um benefício, de acordo com as condições legalmente previstas e desde que implementados todos os requisitos necessários à obtenção do benefício; ou seja, é comum o beneficiário ter implementado os requisitos previstos em mais de uma legislação vigente no decorrer do tempo e ter assegurada a concessão do benefício mais vantajoso; entretanto, é necessário efetuar cálculos para saber qual é o benefício mais vantajoso, pois o quadro das contribuições recolhidas para o período básico de cálculo do benefício pode apresentar variações; e) as dificuldades de reunir e apresentar os documentos (muitos deles antigos ou ainda de épocas que não se dava relevância aos documentos) para comprovar as alegações” (BOCHENEK, 2013: 371-372).

possui, resultando em contraste com a almejada isonomia e impacto negativo ou mesmo perda da celeridade processual (CJF, 2012: 15-16).

Do ponto de vista do acesso formal à justiça, deve ser registrado que há inúmeras e vastas regiões desprovidas de Juizados Especiais Federais, além da constatação de que muito pouco se utiliza do modelo dos Juizados Itinerantes, sendo que apenas 3,5% dos Juizados Especiais Federais se valem dessa importante ferramenta de aproximação com a cidadania (CJF, 2012: 46-47)¹⁷³.

3.4.3. Competência delegada à jurisdição estadual.

Nesse tópico abordaremos a conveniência, as possibilidades e percalços da delegação da competência acerca de jurisdição previdenciária para o juízo estadual, nos termos do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, que permite essa delegação de competência quando inexistente Vara Federal no domicílio do segurado.

Há delegação de competência sem o correspondente fornecimento de estrutura, o que gera ambigualmente dificuldades e pode inclusive comprometer o acesso à justiça na esfera previdenciária. Pesquisa quantitativa e qualitativa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça a respeito da interação institucional entre Justiça do Estado e Justiça Federal demonstrou desequilíbrio nessa relação (CNJ, 2013: 07-08).

O processamento da competência delegada constitui um dos maiores desafios para a melhoria do nível do acesso à justiça no país, em termos de gestão judiciária, pois a própria natureza subsidiária desse instituto resulta no envolvimento de distintos entes da Federação, de especialidade jurídica, organização administrativa e orçamentária diversa (CNJ, 2013: 57)

Em termos quantitativos, merece menção a magnitude dos números encontrada na delegação de competência. Em 2011, quando foram apurados os últimos números da pesquisa estatística mencionada, entraram 303.000 novos processos na

¹⁷³ BOCHENEK (2013: 453-466) destaca essa importante ferramenta de exercício da cidadania através de uma experiência que vivenciou (pesquisa de campo), a qual consistiu em viagem institucional com Juizados Especiais Federais itinerantes em direção a comunidades indígenas relativamente isoladas no extremo oeste do Paraná.

competência delegada. No caso do Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça de São Paulo responde por cerca de 56% dos processos relativos à jurisdição delegada em trâmite no Brasil: em 2011 esse Tribunal comportava cerca de 1,4 milhões de processos dessa categoria em andamento, de um total de aproximadamente 2 milhões em todo o Brasil (CNJ, 2013: 13-16).

Outro dado importante, importante, é a baixa recorribilidade dos processos que tramitam perante a Justiça Estadual: apenas 19% dos processos que aí tramitam chegam aos Tribunais Regionais Federais pela via da interposição de recursos. Outrossim, a vazão de processos é mais eficiente quando a ação é ajuizada em Vara Federal do que na justiça comum (CNJ, 2013: 18-20).

3.4.4. Tempo do processo e o conflito previdenciário.

Nos três âmbitos de resolução judicial do conflito previdenciário acima tratados (Justiça Federal, jurisdição delegada à Justiça Estadual e nos Juizados Especiais Federais) o impacto do tempo no conflito previdenciário judicializado é muito intenso. Já se demonstrou com profundidade o impacto do tempo no desenrolar do processo judicial (TUCCI, 1997). Não ocorre diferentemente no caso do conflito previdenciário (MORAES, 2012: 68).

A duração irrazoável do processo acarreta significativo impacto às partes do processo judicial, além do mais um impacto assimétrico, variando conforme a idade e capacidade das partes, dentre outros fatores (TUCCI, 1997: 18-20, 110-111). Mesmo as medidas antecipatórias e acautelatórias que atualmente existem no Direito Processual se revelam insuficientes a nivelar essa assimetria.

No caso do conflito previdenciário, as partes que buscam benefícios previdenciários/assistenciais possuem características bastante peculiares, já salientadas: baixo grau de instrução e idade normalmente elevada; desempenho de relações de trabalho precárias ou informais, baixo nível de formalização/documentação das situações que repercutirão em termos de benefícios previdenciários, dentre outras. Assim, o conflito previdenciário exige celeridade, diante do objeto debatido, a qualidade das partes e o comportamento, muitas vezes controverso e pautado por excesso de litigância e de

recorribilidade, do INSS. A mora judicial é muito mais prejudicial a uma das partes que à outra.

Em virtude do direito material em jogo, a resolução judicial do conflito previdenciário deve ser especialmente célere, mas tal exigência de celeridade não pode corresponder à precariedade da instrução probatória e do andamento processual, como na hipótese de dispensa da produção de provas (SAVARIS, 2014: 112-114; MANCUSO, 2011: 284-288).

No campo probatório, deve-se considerar que o modelo adversarial exige a preservação da memória dos fatos. Quanto maior o tempo do processo, menor a confiança na justiça da decisão (SANTOS, 2011: 41).

Esse conjunto de argumentos acerca do *tempo do processo* (judicial) e seu impacto no conflito previdenciário justifica a reflexão a respeito das limitações do Poder Judiciário na resolução deste, assim como impõe a identificação de soluções extrajudiciais/consensuais.

CAPÍTULO 4 - Mecanismos de adequada solução do conflito previdenciário.

O último capítulo, após analisar criticamente o panorama administrativo e judicial de resolução do conflito previdenciário, propõe certas soluções a fim de adequar o tratamento dado a esta espécie conflitiva, sob a perspectiva que melhor atenda a concepção dos direitos previdenciários como direitos fundamentais.

4.1. Abordagem inicial da resolução judicial do conflito previdenciário.

A resposta judicial não se resume à alegação comum de que os segurados transferem ao Poder Judiciário trabalho que deva ser realizado primariamente pelo INSS (MANCUSO, 2012: 168-169).

Pesquisa qualitativa efetuada pelo Conselho da Justiça Federal revelou que a percepção de juízes e servidores da Justiça Federal é de que fazem o serviço do INSS – e o aprimoramento da gestão naquele órgão evitaria que muitos casos chegassem ao Poder Judiciário (CJF, 2012: 94-95).

Também é recorrente a manifestação de que a litigiosidade na área previdenciária, anteriormente *contida*, transforma-se em uma *litigiosidade exacerbada*, uma verdadeira “euforia do acesso à justiça” (MAIA, 2013: 58-61, 66). Refutamos também que essa questão fique restrita à existência de um ativismo judicial, compreendido sob um modo pejorativo, ou mesmo de aplicação de um Direito Alternativo nesse campo.

Há uma ampla agenda previdenciária, que denominamos anteriormente de **pauta de legalidade**, cuja apreciação não prescinde da atuação judicial (cortes arbitrários de benefícios previdenciários, negativa de atendimento em agências do INSS, etc.).

As dificuldades do Poder Judiciário, nesse tópico, residem na já apontada crise de efetividade da prestação jurisdicional: o enorme déficit no tempo de entrega da prestação jurisdicional derivado do ajuizamento de milhões de demandas, em âmbito nacional, a respeito de matéria previdenciária. As soluções para esse tipo de limitação

passam por reformas processuais, melhoria do sistema de gestão processual e judiciária e melhor aparelhamento material e humano do Poder Judiciário, questões que não serão aprofundadas nesta tese, como já havíamos assinalado.

Em relação à pauta que batizamos **interpretativa**, surgem maiores dificuldades e limitações ao Poder Judiciário¹⁷⁴.

Os problemas decorrem do anacronismo que caracteriza a função judiciária e seu modo de funcionamento: um órgão que faz parte da estrutura de poder da sociedade, mas cujo modo de atuação é voltado à resolução de contendas individuais, revelando-se pouco apto à pacificação de temas de repercussão e que notadamente ultrapassem as fronteiras jurídicas (MANCUSO, 2011: 255-258, 270). Principalmente porque isso envolve outras instâncias e outros subsistemas sociais, especialmente a Política (escolhas legislativas a respeito de políticas públicas previdenciárias; questionamento a respeito da forma de condução da administração previdenciária pelo órgão do Poder Executivo) e a Economia (existência de orçamento suficiente à implementação e manutenção de políticas públicas previdenciárias).

As complexas relações entre os subsistemas sociais Direito e Política ou Direito e Economia tem como ponto privilegiado de análise os sofisticados arranjos que Niklas Luhmann denomina de *acoplamento estrutural*, *irritações*, *prestações* para outros sistemas e *interpenetrações*. Tais arranjos devem ser compreendidos em uma sociedade complexa e assíncrona, o que significa que cada subsistema social possui sua velocidade própria, seu tempo próprio relacionado a sua específica função.

Os diversos sistemas sociais (político, jurídico, econômico, religioso, etc.) são autorreferenciais e autopoieticos. São independentes em relação aos outros sistemas, que lhes figuram como se *ambiente* fossem. Mas a isonomia dos sistemas parciais não equivale a isolamento, ou independência total, mas simplesmente ao controle sobre sua lógica interna e sobre a lógica de suas dependências e independências. Entretanto, essa independência entre sistemas não equivale a isolamento, pois também ocorre *penetração* e

¹⁷⁴ JOSÉ EDUARDO FARIA, já no início dos anos 1990, ao mesmo tempo em que vislumbrava o Judiciário como um espaço importante para o questionamento de diversos conflitos existentes na sociedade brasileira recém-democratizada, questionava a capacidade institucional deste Poder para cumprir essa árdua tarefa (FARIA, 1992: 43).

interpenetração. A primeira corresponde a quando um sistema põe sua complexidade a disposição de outro; a segunda situação ocorre quando essa disponibilidade dos sistemas é mútua (VALLESPÍN, 2007: 15-18).

A implementação de programas de expansão da cidadania, como é o caso das políticas públicas previdenciárias, não é tarefa simples e implica identificar relações, interpenetrações, prestações e acoplamentos entre os diferentes sistemas de funções da sociedade moderna, com reflexos em inúmeras organizações formais e uma grande pluralidade de instâncias, sendo muito difícil que todo esse arranjo não produza bloqueios recíprocos, inconsistências e sentidos contraditórios (CAMPILONGO, 2012: 55).

Esse é o caso das pretensões previdenciárias, que envolvem complexas estruturas de custeio, arrecadação de contribuições previdenciárias e regras orçamentárias, assim como a definição de planos de benefícios também bastante intrincados, elaborados com a participação de Conselhos multilaterais pouco democráticos, a partir de legislação contraditória, muitas vezes (re)definida por regulamentação infralegal e, na prática, estipulada pelos últimos operadores da esfera previdenciária, os funcionários das agências do INSS¹⁷⁵.

Os conflitos sobre o direito válido, além das relações entre sistema jurídico e outros sistemas funcionais, pode induzir o Direito a tomar o lugar dos demais sistemas, como a política ou a economia; de outra parte, também pode ocorrer que o sistema jurídico simplesmente reaja juridicamente às disfunções desses outros sistemas. De toda sorte, ambas as possibilidades são complexas e difíceis, indicando a percepção de autolimitação do sistema jurídico (CAMPILONGO, 2012: 93-94).

Quanto à *irritação* entre Direito Previdenciário e Economia, na hipótese de existência de orçamento suficiente ao atendimento das demandas previdenciárias que a sociedade leva ao Judiciário (argumento em que acreditamos, e sobre o qual não há espaço para desenvolvimento aqui, veja-se: CALCIOLARI, 2009; SERAU JR., 2012; SAVARIS, 2011), há que se lidar, por outro lado, com a alta complexidade das regras orçamentárias

¹⁷⁵ Embora desde os anos 1990 seja viável a participação popular na condução das políticas públicas através da estrutura dos conselhos participativos, existentes na área da seguridade social, por exemplo, é igualmente certo que a qualidade e efetividade da participação social depende da correlação de forças existente nos mesmos e no próprio seio da sociedade (SCHWARZ, 2013: 79-80).

pertinentes à igualmente complexa estrutura da Seguridade Social/aparato administrativo do INSS.

O Poder Judiciário, assim, não parece ser a esfera mais adequada para o exame de constatação da existência ou inviabilidade de equilíbrio financeiro-atuarial nas questões que se lhe apresentem, mesmo no âmbito qualificado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Constata SAVARIS (2011: 198-209) que o sistema jurídico e, em particular a atuação judicial, não possuem capacidade operacional estruturada com orientação para fins e efeitos, inclusive econômicos (racionalidade finalística).

Adotada ou não a perspectiva luhmanniana, observam-se dificuldades do Poder Judiciário em termos de *capacidade institucional* para lidar com os reflexos e repercussões econômicas e políticas de suas decisões, especialmente diante de fatores como morosidade, imprevisibilidade e onerosidade (MANCUSO, 2011: 341-342). Muitas vezes, por um aspecto unicamente técnico-processual, a adjudicação não é a melhor solução, especialmente quando o conflito extrapola a fronteira jurídica (MANCUSO, 2012: 153-154; no mesmo sentido: SILVA, 2012: 13, que fala da *incapacidade cognitiva* do Poder Judiciário).

A jurisdição efetua apenas mudanças de primeira ordem na sociedade, de natureza apenas contenciosa, sem trabalhar o potencial transformador (mudanças de segunda ordem), que é ínsito a ADRs como a mediação ou a *facilitação assistida* (ZAPPAROLLI, 2012: 33-35). Em termos gerais, há grandes dificuldades de introduzir alterações sociais relevantes pela via judicial, conforme sumariado por SCHEINGOLD (2004: 05-06, 107-108):

- a) As decisões judiciais não conseguem elaborar formulações de direitos generalizáveis a todos os objetivos sociais;
- b) Os resultados são mais casuísticos e oportunistas que duradouros e gerais;
- c) Sofisticadas estratégias de judicialização de conflitos restringem-se, geralmente, a meros aspectos legais;

- d) Os litígios costumam ficar restritos às partes em juízo, embora muitas vezes o conflito apresenta profunda repercussão social ou seja fruto de lutas sociais de mais amplo espectro.
- e) Há dificuldade de utilização de uma estratégia coordenada entre o litígio judicial e atuação na arena política.

Um dos principais pontos de demonstração da insuficiência do Poder Judiciário para a tarefa de ampliação dos direitos previdenciários, corresponde à resposta satisfatória em âmbito individual e, no plano coletivo, a dificuldade de mensuração do impacto das decisões judiciais nas políticas públicas (SCHEINGOLD, 2004; FARIA, 1992: 21). Os Tribunais não conseguem estabelecer uma ligação entre as disputas individuais que avaliam e os conflitos estruturais que dividem a sociedade (SANTOS, 2011: 102).

Judicializar conflitos expande a carga de incerteza sobre o direito, porque se agrega à incerteza de expectativa carregada pelos atores em conflito a imprevisibilidade relativa à atitude do terceiro (Poder Judiciário), organismo de um subsistema com capacidade de decisão que atua conforme a lei, as provas, a interpretação do juiz, etc. Nem sempre a decisão judicial resolverá o conflito em sua forma originária, podendo, inclusive, atingir terceiros. Contudo, o plano judicial propicia enorme potencial de evolução do Direito, pois promove uma importante variabilidade no próprio sistema jurídico (CAMPILONGO, 2012: 86-87).

No geral, e sob uma perspectiva teórica mais tradicional, tem-se que essa dificuldade de lidar com a sociedade, cada vez mais diversificada e plural é agravada pelo notório *isolamento social* do Poder Judiciário (SANTOS, 2011: 99).

Outra perspectiva que não pode ser olvidada é o *perfil burocrático dos magistrados*: sua formação generalista, pautada pela prioridade dada ao direito civil e penal; a crença de que apenas os juízes são capacitados a resolver litígios; a desresponsabilização sistêmica e a ausência de preocupação com os resultados; a inexistência de uma formação interdisciplinar, deixando os magistrados carentes da possibilidade de julgarem questões complexas que exigem mais conhecimentos de outras áreas que propriamente jurídicos; a independência considerada apenas como

individualismo autossuficiente; o distanciamento da sociedade ao lado do privilégio dado ao poder e à autoridade, (SANTOS, 2011: 83-86; 96; GABBAY; CUNHA, 2010: 29).

Quanto ao aspecto *técnico-processual*, há que se reconhecer a limitação natural do controle judicial de políticas públicas em virtude dos juízes encontrarem-se vinculados a pedidos, provas e argumentação produzidos por partes e advogados; além da dificuldade operacional de execução dessas decisões (CAPPELLETTI, 2008: 18-19).

Do ponto de vista da *efetividade processual*, a atuação judicial com vistas a resolver o conflito previdenciário pode cair em descrédito caso sejam proferidas decisões inexecutíveis (por insuficiência orçamentária ou, mais provavelmente, por irracionalidade na tomada de decisão isolada frente ao conjunto das políticas e serviços públicos). Também se pode expressar preocupação de risco social e descrédito nas instituições judiciais (e no próprio Direito) se forem frustradas as enormes expectativas depositadas no Poder Judiciário através dessa enorme e somente crescente demanda judicial previdenciária¹⁷⁶.

Todos os argumentos expostos indicam a necessidade de refletir sobre outras esferas de resolução do conflito previdenciário. Se não para substituir, ao menos para complementar e aprimorar o modelo atual, em que praticamente à exclusividade é solucionado pelo Poder Judiciário.

Entretanto, qualquer que seja o modelo adotado ou cogitado não se pode descartar a esfera judicial (McCANN, 2010: 183; FARIA, 1992: 42; CAMPILONGO, 2012: 98-100), principalmente pelas condições sócio-econômicas nacionais, o histórico de autoritarismo e opressão à cidadania que ainda caracteriza a relação cidadão-Administração no Brasil¹⁷⁷. Como indaga CAMPILONGO (2012: 56), “as pessoas se preocupariam com acesso à justiça caso a participação funcionasse, a cidadania fosse efetiva e as políticas públicas resultassem responsivas?”.

¹⁷⁶ Um dos aspectos do *protagonismo judiciário* é a transferência de legitimidade do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, com enorme expectativa e igual chance de frustração social (SANTOS, 2011: 30).

¹⁷⁷ CAPPELLETTI (2010: 197-198) acredita que a intervenção judicial de molde clássico seja indispensável, em matéria de direitos sociais, inclusive previdenciários, apenas em sua fase inicial de postulação e reconhecimento, diante de aspectos assimétricos na relação que se estabelece entre cidadãos e Governo. Porém, defende que, em segunda etapa, já consolidados os direitos sociais, a via da solução consensual praticada pelos atores coletivos (sindicatos e associações, por exemplo) seria preferencial. Ao Poder Judiciário caberia tão somente um papel supletivo, subsidiário, quando infrutíferas as soluções consensuais.

4.2. Análise crítica da “preferibilidade” da arena judicial para a solução do conflito previdenciário.

O tratamento dado pelo sistema jurídico às demandas na área previdenciária é diverso do que ocorre com outras pretensões sociais, como o movimento pela moradia urbana, o movimento sanitarista, as pretensões de cotas raciais em universidades ou o movimento pela reforma agrária, por exemplo. Cada específica política pública enseja uma diferente resposta judicial a partir de um particular tratamento jurídico, de acordo com suas peculiaridades.

As expectativas que a sociedade brasileira apresenta em relação aos seus direitos previdenciários possuem como espaço privilegiado de discussão e disputa os Tribunais. Por variadas razões, há pouca interlocução com o Congresso Nacional para o aprimoramento de questões previdenciárias¹⁷⁸. Na realidade, essa questão se insere em um quadro maior, típico da sociedade brasileira, que é pautado pela pequena participação política dos atores sociais.

Sem que se reproduza aqui toda a extensa literatura que tratou dessa questão, pode-se frisar alguns pontos mais relevantes.

O Brasil, de característica patrimonialista ou neopatrimonialista, tem seu processo político caracterizado por intensa *cooptação política*, que é o mecanismo pelo qual o Estado trata de submeter a sua tutela as formas autônomas de participação política¹⁷⁹, criando estruturas de participação política débeis, sem consistência interna e capacidade organizacional próprias. A política tende a girar em torno do Estado e de sua figura central, o líder. Há, ademais, uma tendência à excessiva burocratização e política de distribuição de recursos entre clientelas eleitorais (SCHWARTZMAN, 1982: 53-54, 86-87,

¹⁷⁸ Um raro exemplo consiste no projeto de lei patrocinado pela CONTAG – Conferência Nacional dos Trabalhadores da Agricultura, proposta em 2001, que culminou na edição da Lei 11.718/2008, aperfeiçoando o sistema de proteção previdenciária destinado ao trabalhador rural (BERWANGER, 2014: 26; 2010: 169-172). BERWANGER (2010: 78-80) descreve a atuação da CONTAG e da FETAG/RS – Federação dos Trabalhadores da Agricultura no Rio Grande do Sul durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte em prol dos direitos previdenciários dos trabalhadores rurais, os quais foram minados pelas forças conservadoras que prevaleceram naquela ocasião, o chamado “Centrão”.

¹⁷⁹ Sugere SCHWARTZMAN (1982: 118, 135), que os sistemas políticos mais institucionalizados são mais capazes, em princípio, de absorver como legítimas novas demandas por participação política, favorecendo a representação de interesses e subordinando a autoridade política aos interesses sociais, ao passo que regimes mais rígidos restringiriam as áreas de participação política.

144)¹⁸⁰. Outro fator a considerar é a tendência histórica, no Brasil, de supressão coercitiva do dissenso sobre as políticas substantivas a serem adotadas em benefício da sociedade (SANTOS, 1978: 145).

Os direitos proporcionados a determinados setores da sociedade atrelam-se ao próprio Estado. Os direitos sociais, especialmente trabalhistas e previdenciários, parecem ter sido um exemplo típico dessa situação (SCHWARTZMAN, 1982: 53-54, 86-87), especialmente através da estratégia de *cidadania regulada*, já delineada em capítulos anteriores (SANTOS, 1979).

O que é importante sublinhar para o desenvolvimento deste trabalho, é que todos estes fatores sugeridos pelos clássicos da literatura política brasileira impactam o desenvolvimento de nossa cidadania e o exercício de nossa vida democrática.

Atualmente também se verifica que os órgãos associativos de trabalhadores pouco fazem em relação aos direitos previdenciários de seus associados (além de alguma assistência jurídica em processos judiciais).

Ao revés. Em sentido contrário, e quicá contraditório, assinale-se que a legislação referente à Previdência Privada foi aprovada nos anos 2000 como resultado de fortes *lobbies* de parlamentares do Partido dos Trabalhadores (PT), agremiação política alegadamente devotada à defesa dos interesses dos trabalhadores. A análise da tramitação legislativa que resultou na edição das Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001, e que tratam da Previdência Complementar, demonstra que tiveram relatoria ou ao menos forte participação de nomes como Ricardo Berzoini, José Pimentel e Luiz Gushiken, estreitamente ligados ao PT e que, já no Governo Federal de Lula, a partir de 2003, viriam a exercer cargos relevantes na área previdenciária, inclusive de Ministros da Previdência Social os dois primeiros, com ampla participação no processo de Reforma Previdenciária (JARDIM, 2009: 43-44)¹⁸¹.

¹⁸⁰ Esse processo se vincula ao modelo histórico da colonização portuguesa, de forte tendência à centralização política, prosseguindo e permeando também os subseqüentes períodos históricos, como o Império, a República Velha, o Estado Novo e o período militar (SCHWARTZMAN, 1982: 55-57, 85-86), ainda que alteradas suas bases materiais e características peculiares.

¹⁸¹ Da mesma forma ocorreu em relação à criação dos fundos de pensão dos servidores públicos federais, segmento onde a elite sindical também atuou no Parlamento para a criação dos mecanismos de previdência complementar (JARDIM, 2014: 08-09).

Sublinhe-se, no mesmo sentido de indicação de paradoxo – adotada a perspectiva de que a Previdência Privada é modo de negação da Previdência Social-, que os fundos de pensão criados a partir de 2001 em grande medida foram ocupados, em seus Conselhos Diretivos, por sindicalistas ou ex-sindicalistas (JARDIM, 2009: 138-161), supostamente pessoas envolvidas na defesa dos direitos da classe laboral e não no desmonte das estruturas públicas de proteção social¹⁸²¹⁸³.

Destaque-se, diferentemente, a expressiva atuação do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário¹⁸⁴ na defesa dos direitos previdenciários, a atuação parlamentar da CONTAG – Confederação Nacional da Agricultura, em relação aos trabalhadores rurais, e à AFPESP – Associação dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, em relação aos servidores públicos do Estado de São Paulo.

Por outro lado, há pouca participação popular nos processos decisórios e na formulação das políticas públicas previdenciárias e de assistência social. Isso não vem ocorrendo de modo efetivo nos espaços públicos de controle e intervenção social, como os Conselhos onde se prevê participação popular, as Audiências e Conferências Públicas, ao arrepio do disposto nos artigos 194, inciso VII, e 204, inciso II, da Constituição Federal (VAZ, 2011: 70).

As entidades associativas de aposentados e pensionistas, talvez pelas próprias características dos associados (idosos, adoentados ou incapacitados, bem como menores em situação de dependência, enfim, pessoas geralmente em situação de

¹⁸² Sem espaço para a devida análise dessa questão, por refugir ao objeto desta tese, remeto o leitor interessado à importante obra de JARDIM (2009), que demonstra a domesticação dos sindicatos através de sua participação nos fundos de pensão: adoção da lógica capitalista do lucro decorrente dos investimentos financeiros; pouca efetividade de sua participação nos conselhos deliberativos nos fundos de pensão e mesmora a indicação de existência práticas escusas (JARDIM, 2009: 191-196).

¹⁸³ Pensando sobre o horizonte político-partidário próximo, especialmente a legislatura que comporá o Congresso Nacional entre 2015-2018, o DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar destaca que a próxima composição política será a mais conservadora desde a redemocratização. Aponta especialmente a redução da bancada “sindicalista”, isto é, aquela responsável pela proposição e defesa de propostas de melhoria das condições laborais e previdenciárias, em paralelo ao aumento da bancada “empresarial”, que comporia metade das cadeiras da Câmara dos Deputados, cuja bandeira segue a toada da desregulamentação da economia e desoneração da folha de pagamentos, etc. (QUEIROZ, 2014).

¹⁸⁴ O IBDP vem sendo aceito como *amicus curiae* na maior parte dos processos relevantes julgados pelo STF no sistema de repercussão geral. Como exemplo podemos indicar os processos em que foram julgados os temas da desaposentação (RE 661.256) e da DRU – Desvinculação de Receitas da União (RE 566.007).

hipossuficiência), não encontram maior grau de inserção na arena política¹⁸⁵. A “fluidez” desse tipo de demanda, que não chega a tomar o corpo de um movimento social mais robusto, também contribui para essa pouca presença no cenário político-democrático.

A (baixa) atuação política em relação aos temas previdenciários deve ser analisada também sob a perspectiva sociológica relativa aos *novos movimentos sociais*, dos quais possui algumas características, embora se trate de um conflito eminentemente redistributivo e historicamente ligado ao conflito capital-trabalho¹⁸⁶.

Os novos movimentos sociais possuem como uma característica marcante a atuação em esferas de *política não institucional* mediante a articulação de novos espaços dentro e fora das estruturas do Estado, a ruptura com espaços tradicionais das instituições estatais de canalização, filtragem e arbitragem dos litígios, além da reivindicação de novos direitos com ênfase em auto-organização, auto-gestão e solidariedade (FARIA, 1992: 46-47). Indique-se também a despreensão dos novos movimentos sociais de se tornarem majoritários politicamente (TOURAINÉ, 1985).

Os novos movimentos sociais não se valem das representações políticas tradicionais a partir de partidos políticos ou sindicatos, podendo ser descritos como atuações coletivas de multidões de indivíduos, com estrutural informal, *ad hoc*, descontínuos e não-hierárquicos. Quanto aos meios de atuação e de protesto, não operam em termos de negociação e compromisso; sua *incapacidade negocial* decorre do fato de que não teriam nada a dar em troca do atendimento de suas demandas e de não possuírem certas propriedades de organizações formais, como a faculdade de construção de decisões representativas (OFFE, 1985).

Também é importante frisar que os novos movimentos sociais não possuem não se identificam com os códigos tradicionais da política (esquerda/direita; liberal/conservador; participação/exclusão) ou códigos sócio-econômicos como classe

¹⁸⁵ Lembra-nos a Ciência Política que é pouco provável que um indivíduo se envolva em disputas políticas quando tem pouca probabilidade de influenciar o resultado dos acontecimentos e de mudar a balança de recompensas por meio de seu envolvimento político (DAHL, 1970: 92-94). Talvez desse argumento, dentre os outros que apresentamos aqui, possa ser compreendida a apatia política em relação a temas previdenciários e o recurso ao Poder Judiciário.

¹⁸⁶ O que paradoxalmente impede seja totalmente inserido nesse quadro dos novos movimentos sociais, pois o paradigma tradicional sobre conflitos sociais e movimentos sociais leva em conta, justamente, a perspectiva (re)distributiva (OFFE, 1985).

trabalhadora/classe média/pobres. Não há correspondência total e imediata a qualquer dessas categorias tradicionais da Ciência Política, pois se organizam em torno dos temas da agenda de cada específico movimento (TOURAINÉ, 1985; OFFE, 1985). Entretanto, são mais ágeis que o sistema jurídico na percepção, seleção e tratamento dos conflitos; tematizam problemas que não receberiam a devida consideração e, dessa forma, compensam o déficit de reflexão da sociedade moderna (HELLMANN, s.d., mimeo).

O conflito em torno de relações previdenciárias pode ser descrito com algumas dessas características que atribuímos aos novos movimentos sociais: de fato, há uma expectativa social difusa quanto aos direitos previdenciários, além de se constituírem em bandeiras políticas que não são completamente identificadas com os partidos políticos de esquerda ou de direita. Há também certa contrariedade ou dicotomia quando se discutem relações propriamente previdenciárias em cotejo ou disputa com relação a benefícios e políticas assistenciais, e aqui não se pode identificar, de pronto, vinculação exata do tema com a classe média, trabalhadores de baixa renda ou com classes mais marginalizadas.

O movimento em prol de direitos previdenciários não se pauta na cena política através dos novos canais/mecanismos utilizados pelos novos movimentos sociais que indicamos acima; no máximo subutiliza-os. Tudo isso a dificultar a postulação política dos direitos previdenciários – em um cenário de alegada escassez financeira e de diminuição dos programas de solidariedade. A sub-representação dos direitos previdenciários, também sob essa perspectiva difusa dos novos movimentos sociais, é outro elemento que enfatiza a prioridade dada à via judicial para sua solução.

A via judicial também acaba sendo priorizada tendo em vista que essa percepção difusa acerca dos conflitos previdenciários é mais rápida, como apontamos acima, do que os processos seletivos dos mecanismos tradicionais de produção de normas jurídicas.

De outra parte, e paradoxalmente, os novos movimentos sociais também produzem certa privatização dos problemas sociais, com o deslocamento dos protestos do campo econômico para as esferas culturais, identitárias, etc., de sorte a ensejar um individualismo que bloqueia a ação coletiva (TOURAINÉ, 1985). Este elemento dos novos

objetos de protesto na sociedade moderna pode ajudar na compreensão de porque os temas previdenciários dificilmente engendram uma luta coletiva e, daí, a opção pela judicialização e consequente pulverização na miríade de ações judiciais individuais que acorrem aos Tribunais.

Também o acesso às esferas internacionais de proteção aos direitos humanos é pouco utilizado. Possivelmente em virtude das dificuldades intrínsecas a esses sistemas internacionais para a proteção dos direitos sociais: restrições à legitimidade ativa; necessidade de esgotamento das instâncias judiciais nacionais; jurisprudência que dá prevalência à tese da reserva do possível, dentre outros fatores¹⁸⁷ (SERAU JR., 2010: 114-126).

São raros os casos em que a mobilização propriamente política acarreta impacto positivo em termos de legislação previdenciária ou de melhoria na atuação do INSS. Um exemplo é a intensa pressão política que ensejou a ampliação do prazo decadencial para discussão de revisão de benefícios previdenciários em 2003 (LAZZARI; CASTRO, 2012: 592-593). Exemplo mais antigo é a ocupação de agências da autarquia previdenciária pela FETAG/RS, no ano de 1992, a fim de que fossem cumpridas as normas constitucionais e legais a respeito do pagamento de benefícios previdenciários para os trabalhadores rurais, especialmente a garantia de um salário-mínimo como patamar mínimo para os benefícios de aposentadoria e pensão¹⁸⁸ (BERWANGER, 2010: 81).

A judicialização das políticas públicas, inclusive previdenciárias, ocorre porque durante muito tempo não houve outros canais de participação política na sociedade brasileira (LIMA LOPES, 2003: 91). A impossibilidade de rápida reversão do grave quadro social brasileiro, caracterizado por assimetrias e desigualdades, através do simples exercício da cidadania (processo político-eleitoral) suscita o crescimento da demanda de reconhecimento constitucional de direitos sociais fundamentais e de avaliação da efetividade normativa dos preceitos de justiça social, o que vem a ocorrer na via judicial (CEDENHO, 2012: 132-133; no mesmo sentido: BOCHENEK, 2013: 228-229).

¹⁸⁷ Dentre estes a própria baixa efetividade, em termos gerais, da proteção internacional dos direitos sociais, que recebe a convivência da comunidade internacional (CASTRO, 2014: 49).

¹⁸⁸ Anteriormente à Constituição Federal os trabalhadores rurais, cobertos pelo PRORURAL, recebiam benefícios previdenciários em valor inferior ao do salário-mínimo.

A falta de acesso a canais institucionais de participação política, somada à manifesta insuficiência das políticas públicas, poderia ensejar reações mais radicais e violentas por parte da população que não vê seus direitos fundamentais serem concretizados pelas autoridades públicas – ocupações, resistência ativa, desobediência civil, etc. – condutas que historicamente são sancionadas penalmente. Mas o viés democrático permitiu que tais demandas fosse canalizado para o sistema judicial, que se converte em outro canal de expressão das demandas sociais e um aspecto diverso de participação democrática (SCHWARZ, 2013: 87-89, 217-224).

A maior parte da população brasileira busca solucionar seus problemas e conflitos tendo o Poder Judiciário como meio preferido - 92,7% dos casos são direcionados à via judicial (CNJ, 2011: 08, 18-21).

Em relação aos trabalhadores rurais, a literatura especializada aponta um certo nível de confiança ingênua nas autoridades jurídicas, distantes - em contraposição ao severo e cruel empregador local –as quais teriam neutralidade no julgamento de suas questões, seja pelo caminho da opção preferencial e bondosa pelos pobres, seja na aplicação do princípio *in dubio pro misero* (MOURA, 1991: 10)¹⁸⁹.

A despeito de uma percepção negativa da população a respeito do Poder Judiciário (SADEK, 2009: 421), este se transforma em ator privilegiado de resolução dos conflitos previdenciários. Todavia, a “preferibilidade” da utilização dos mecanismos judiciais para solução da controvérsia previdenciária é nitidamente forçosa¹⁹⁰, em razão da pequena possibilidade de utilização de outros canais¹⁹¹ para expressar as expectativas sociais sobre normas previdenciárias (CAMPILONGO, 2012: 100).

¹⁸⁹ A própria autora frisa que essa confiança e crença nas autoridades judiciárias só vale até o momento em que os homens simples do campo travam contato com estas, passando ao oposto da percepção de injustiça (MOURA, 1991: 16).

¹⁹⁰ Ao revés, já se observou que países com sólida aplicação dos direitos sociais possuem menor litigância (e vice-versa). A execução inexistente e/ou deficiente das políticas sociais se transforma em motivo de busca à prestação judicial (SANTOS, 2011: 24-26; GABBAY; CUNHA, 2013: 68-69).

¹⁹¹ Segundo LORENCINI (2012: 58-59), “A forte presença e dependência que as pessoas tem do Estado na sociedade brasileira talvez explique o quanto este discurso conforta aquele que se encontre desamparado diante da ausência de solução para um impasse da vida. Em certos casos, a solução via Poder Judiciário é a mais indicada, muitas vezes, necessária. Mas assim como a vida em sociedade é dinâmica e existem conflitos de toda sorte, é natural que a solução dos conflitos ocorra por meio de métodos diferentes, respeitando as peculiaridades das partes, do tema em disputa e outras circunstâncias que não cabem na resposta única da solução adjudicada dada pelo Poder Judiciário”.

Por esses motivos, o Poder Judiciário muitas vezes se transforma em importante ambiente de diálogo e visibilidade do conflito, servindo como instrumento de pressão sem o qual o Poder Executivo se manteria inerte (GABBAY; CUNHA, 2010: 41-43)¹⁹².

Os Tribunais, após um período de conservadorismo ao longo do século XX, assumem um protagonismo a partir dos anos 80, especialmente na América Latina e no Brasil, pautados pelo garantismo de direitos, controle de legalidade e judicialização de políticas públicas, o que é atrelado inequivocamente ao desmonte do Estado-Providência (SANTOS, 2011: 20-24, WATANABE, 2003: 19-20; BOCHENEK, 2013: 74-79). Surge assim o chamado *processo civil de interesse público*, voltado à efetivação das políticas públicas ou valores constitucionais, enfim, com a pretensão de modificação da sociedade (SALLES, 2003: 56-58).

O *conflito previdenciário* ganha expressão judicial nessa perspectiva histórica. A relação do Poder Judiciário como cenário supletivo do ambiente político em tema de expectativas de reconhecimento de direitos deve ser aprofundada.

Na matriz teórica luhmanniana o sistema político possui muito mais abertura cognitiva que o sistema jurídico. Porém, não possui obrigação de decidir, pode simplesmente não normatizar certas matérias, não adotar certas políticas públicas buscadas pela sociedade. Além disso, o sistema político e a política caracterizam-se por excesso de necessidade de orientação em relação à sua efetiva possibilidade de atuação: os políticos podem dizer à sociedade muito mais do que realmente podem fazer; podem fazer promessas que não serão cumpridas (LUHMANN, 2007: 57-58, 142).

Isso não ocorre no sistema jurídico, pois os Tribunais tem o dever de dar uma resposta jurídica às pretensões que lhe são endereçadas (proibição do *non liquet*)¹⁹³. Ocorre, desta forma, uma delegação de capacidade decisória do sistema político para os Tribunais, que acabam, por seu turno, arcando com o ônus político das decisões que

¹⁹² O papel do Poder Judiciário como agente de visibilidade dos temas de conflito é recente, além de não consistir em sua função primordial (GABBAY; CUNHA, 2010: 79).

¹⁹³ Em que pese a literatura que se ocupou do tema da democratização e ampliação do acesso à justiça haver identificado uma certa *morosidade judicial ativa*, consistente na recusa, intencional, de decidir-se os conflitos com a utilização de manobras processuais protelatórias (SANTOS, 2011: 47).

interfiram em políticas e serviços públicos. Por outro lado, remeter os conflitos sociais para a via judicial acaba sendo mais oportuno para os agentes públicos, inclusive em termos de *accountability*, pois se transfere ao Poder Judiciário a responsabilidade e o ônus da decisão sobre os conflitos e expectativas sociais (GABBAY; CUNHA, 2010: 77-78).

Ainda sob a perspectiva luhmanniana, há que reconhecer que tampouco o sistema político (a esfera legislativa em particular) dá conta de abranger a totalidade das pretensões e aspirações da sociedade, sendo insuficiente também este subsistema social para a apreensão de todas as questões sociais. O sistema político acaba produzindo alteração no entorno (*ambiente*) e essa transformação retroalimenta e propicia novas demandas e pretensões sociais. Especificamente em relação ao Estado de Bem Estar Social, é nítida a tendência a incorporar cada vez mais e maiores temas e interesses (VALLESPÍN, 2007: 23-24; LUHMANN, 2007: 31).

A planificação para o futuro, através das decisões tomadas no sistema político e de alguma forma transformadas em norma jurídica (através de mecanismos legislativos ou de atos normativos) é complexa, com conseqüências que podem ser amplas e até mesmo incontroláveis (LUHMANN, 2007: 34).

O sistema político, contudo, ainda se pauta pelo ritmo breve dos resultados eleitorais e processa sua *seletividade* e emite suas *comunicações* apenas através das informações a respeito do ambiente externalizadas pela opinião pública, pelas pessoas e pelo Direito. Tudo aquilo que não passa por esse mecanismo não ganha relevância político-jurídica, pois o sistema político, estruturado em temas como divisão de poderes e regras de contenção do Poder Público, possui limitações de percepção do entorno/ambiente em relação à complexidade do Estado Social (LUHMANN, 2007: 53-56, 80).

A política, na sociedade moderna, abandona a estrutura vertical e estratificada em torno dos conceitos de soberano/súdito e adota uma circularidade dinâmica: o público influencia a política através das eleições; a política estabelece limites e prioridades às decisões da Administração (governo e legislação); a Administração vincula-se a si própria e ao público através de suas decisões; finalmente, o público reage às decisões vinculantes através de novas eleições ou manifestações válidas da opinião pública. (LUHMANN, 2007: 64).

A imperfeição, incapacidade ou insuficiência do sistema político para abranger todas as demandas sociais é um dos fatores que impulsiona a procura da via judicial para reconhecimento de direitos, inclusive direitos previdenciários. O conflito previdenciário segue essa trajetória: a pretensão à cobertura previdenciária que não é inserida na legislação positivada ou é negada no âmbito administrativo (*loci* originários de criação e execução da política pública e serviços previdenciários), ao que se agrega a insuficiência ou inexistência da luta propriamente política, é buscada através de outros mecanismos, redundando quase que exclusivamente na via judicial.

A atuação administrativa do INSS para análise e concessão de benefícios previdenciários é pautada por critérios de legalidade estrita e racionalismo jurídico-formal cujos limites intrínsecos já indicamos anteriormente. A insuficiência desse modelo de atuação administrativa, derivada de uma arcaica concepção de interpretação normativa, acarreta o movimento de deslocamento dos direitos previdenciários à esfera judicial, segmento que pode utilizar outros critérios interpretativos, suprimindo tais deficiências do modelo jurídico positivista-formalista e desempenhando função constitutiva e inovadora do direito¹⁹⁴.

A partir dessas características que apresentamos, o conflito previdenciário tende a ganhar expressivo volume na esfera judicial. Eis outro motivo que reforça a necessidade de cogitar soluções criativas, eventualmente não judiciais, para a solução dessa controvérsia.

¹⁹⁴ É o que sugere SAVARIS (2011: 230-231): “Se o sistema de regras não deve ser considerado como algo completo e autossuficiente, sem antinomias ou lacunas, é inadequado pensar um desenvolvimento judicial do Direito apenas em sua dimensão analítica ou lógica, o que reforçaria uma função declarativa da atuação judicial. (...) Quando é posta a tarefa de identificação do direito de uma pessoa à proteção social pela manifestação da Seguridade Social é essencial compreender que a interpretação e a aplicação do Direito apresentam um caráter constitutivo e não apenas declaratório. Isso implica aceitar que o direito de uma pessoa à sobrevivência digna não será analisado por uma métrica inflexível ou definido por uma concepção mecânica insensível aos apelos da pessoa necessitada. Como se fora possível ao legislador prever todas as hipóteses para aplicação do Direito ou adequado reduzir o universo dos fatos às previsões gerais editadas pelo legislador. (...) Uma vez admitida a inadequação dos postulados da metodologia da subsunção, pode-se reconhecer no juiz o agente responsável pela produção de normas jurídicas que extrai de textos normativos e dos fatos atinentes à individualidade de um determinado caso”.

4.3. Reflexos da utilização da via judicial na concepção e desenvolvimento das políticas públicas previdenciárias.

A adequada resolução do conflito previdenciário não pode ser pensada em termos concorrenciais ou excludentes, como a definição da primazia do sistema judicial, em detrimento da resolução administrativa, ou vice-versa.

A utilização estratégica da arena judicial para controle, fiscalização e interferência nas políticas públicas produz reflexos na forma como as próprias políticas públicas são desenvolvidas (McCANN, 2010: 186-188)¹⁹⁵. O papel essencialmente conservador dos Tribunais suscita enorme interesse de análise quando estas instituições fogem desse padrão, especialmente em certos ramos do Direito, como o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, antecipando alterações normativas ou mesmo delas sendo a causa imediata (MIRANDA ROSA; CÂNDIDO, 1988: 165-171).

SCHEINGOLD (2004: 08-09) compreende que, apesar de suas insuficiências, a arena judicial contribui para reconfigurar a arena política (no mesmo sentido: SADEK, 2012: 10, que indica o próprio Judiciário ser uma arena política). O sucesso da judicialização, porém, depende de sua coordenação com outras táticas, eminentemente políticas (SANTOS, 2011: 29, 109).

Os Tribunais, mesmo quando constrangidos por parâmetros estritamente jurídicos, proferem decisões que interferem no curso nas políticas públicas. Esse fenômeno pode ser averiguado, especialmente no caso do Poder Judiciário Federal, diante: a) do alto índice de ações, de diversas naturezas, impugnando, buscando a modificação ou até mesmo a adoção de políticas públicas; b) das decisões judiciais que vetam ou atrasam a implementação dessas políticas públicas e, c) pelo papel informal dos Tribunais na fase de deliberação. A constitucionalização de direitos sociais e a previsão do Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos transforma-o em verdadeiro “co-autor” de políticas públicas, à medida em que exerça o juízo sobre diversas medidas governamentais (SAVARIS, 2011: 153-155).

¹⁹⁵ Podemos pensar, aqui, na perspectiva construtiva do conflito (DEUTSCH, 1973).

As decisões dos Tribunais afetam a atividade das partes em conflito. Exercem uma relação de inequívoca influência: certos comportamentos passam a ser estigmatizados e outros, legitimados, transferindo-se a disputa de arena. O efeito geral dos julgamentos equivale à emissão de mensagens que geram comportamentos das partes (GALANTER, 1984: 160-163).

Conforme elaboração de McCANN (2010: 186-188), as relações entre decisões judiciais e elaboração de políticas públicas podem ser as seguintes¹⁹⁶:

- a) **Influência estratégica e poder relacional:** as decisões judiciais influenciam e alteram o poder relacional das partes já inseridas em conflitos a respeito de políticas públicas;
- b) **Decisões judiciais como constrangimento estratégico sobre as escolhas:** além de alterar o poder relacional das partes em conflito, também podem causar verdadeiros “constrangimentos” para outras partes;
- c) **Decisões judiciais como incentivo à contramobilização**¹⁹⁷: por outro lado, as decisões judiciais podem ensejar diversos mecanismos de contramobilização, buscando contornar os efeitos das decisões judiciais (p. ex., oposição política ou alterações legislativas).

O desenlace do conflito previdenciário nos Tribunais brasileiros possui episódios enquadráveis em cada uma dessas possíveis relações entre decisões judiciais e políticas públicas.

¹⁹⁶ Em sentido conceitualmente próximo, ainda que se refiram a mudança social e não a políticas públicas, MIRANDA ROSA e CÂNDIDO (1988: 22-23) identificam três possíveis relações entre jurisprudência (que podemos tomar por sinônima de atuação judicial) e mudança social: a) consequência direta das normas legais; b) independente das mudanças legais e, c) causa direta das mudanças das normas jurídicas. Em suas próprias palavras: “O legislador, constatando que os tribunais vêm decidindo em certo sentido, com a mudança de interpretação de velhas normas, edita novos diplomas legais, consentâneos com tais decisões”.

¹⁹⁷ Os Tribunais muitas vezes praticam um verdadeiro *ativismo judicial conservador*, conforme a expressão cunhada por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2011: 110), consistente em neutralizar os avanços democráticos e de cidadania através das decisões judiciais proferidas. Um exemplo desse ativismo judicial conservador é a criação, pela jurisprudência, de requisitos sem suporte constitucional e legal, para o gozo de benefícios previdenciários pelo segurado especial (rurícola), pois muitos julgados passam a exigir, para tanto, um verdadeiro nível de miserabilidade, que não possui correspondência com o que estipulado nas normas constitucionais destinadas aos trabalhadores rurais – que apenas exigem regime de economia familiar voltado à subsistência, admitindo a incorporação eventual de empregados, a possibilidade de obtenção de outras rendas, provindas de artesanato ou turismo rural, determinado tamanho de propriedade, etc. (BERWANGER, 2014: 190-194).

No quesito de decisões judiciais que *alteram o poder estratégico das partes* em conflito podemos indicar os diversos julgados que reconheceram o direito à pensão previdenciária para os companheiros homoafetivos. As decisões judiciais, atreladas a uma já existente e bastante relevante mobilização político-social em prol dos direitos homoafetivos na sociedade brasileira contemporânea, ensejou a alteração da conduta do INSS, que editou as Instruções Normativas 25/00 e 50/01 e, mais recentemente, a Portaria nº 513/2010, disciplinando a concessão do benefício de pensão ao companheiro/companheira homossexual¹⁹⁸.

Em tempos mais próximos da promulgação da Constituição Federal de 1988 podemos indicar a hipótese prevista no artigo 201, § 5º, do Texto Magno, que prevê a garantia do salário-mínimo como piso dos benefícios previdenciários que substituam a renda do trabalhador. Apenas com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando a autoaplicabilidade do referido dispositivo constitucional é que o INSS passou a pagar benefícios não inferiores a um salário-mínimo à população rural (BERWANGER, 2010: 77-78).

Outro exemplo diz respeito àquilo que se denominou de *desaposentação*. A enxurrada de ações judiciais buscando essa pretensão culminou na proposição e tramitação do PLS 91/2010, de autoria do Senador Paulo Paim. Visando sanar a plethora de processos judiciais que tem como escopo a renúncia à primeira aposentadoria e permissão à requisição de nova aposentação, mais vantajosa, esse projeto legislativo incorpora tal possibilidade ao texto da Lei 8.213/91, matéria atualmente negada pelo INSS.

As justificativas do PLS e do Parecer da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal¹⁹⁹ - ainda que tal Projeto tenha sido arquivado, em evidente retrocesso

¹⁹⁸ Esse conjunto de decisões sobre pensão por morte influenciou positivamente os direitos das minorias homoafetivas inclusive fora do âmbito previdenciário, valendo de argumento consolidado também quando, mais tarde, o STF decidiu sobre uniões civis entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁹⁹ “(...) o Poder Judiciário tem reconhecido esse direito em relação à aposentadoria previdenciária, contudo, o Instituto Nacional de Seguridade Social insiste em indeferir essa pretensão, compelindo os interessados a recorrerem à Justiça para obter o reconhecimento do direito. (...)”

Se a legislação assegura a renúncia de tempo de serviço de natureza estatutária para fins de aposentadoria previdenciária, negar ao aposentado da Previdência, em face da reciprocidade entre tais sistemas, constitui rematada ofensa ao princípio da analogia em situação merecedora de tratamento isonômico. *Tem sido este o entendimento de reiteradas decisões judiciais em desarmonia com a posição intransigente da Previdência Social. É urgente que se institua o reconhecimento expresso, pela lei de regência da Previdência Social que regula os planos de benefícios, do direito de renúncia à aposentadoria por tempo de contribuição e especial,*

social - permitem vislumbrar com clareza essa relação entre decisões do Poder Judiciário e formulação de políticas públicas, mais precisamente o impacto das decisões judiciais como mecanismo de pressionar o Poder Legislativo à produção do Direito.

Pensem também no reconhecimento do direito à pensão por morte para as concubinas, nos anos 1970, momento em que a união estável não era reconhecida legislativamente (MIRANDA ROSA, CÂNDIDO, 1988: 85-121), sucesso judicial que se transformou em orientação administrativa encampada pelo INSS.

Lembremos também do tratamento diferenciado à população rural. Reiteradas decisões judiciais redundaram em efetiva alteração legislativa, produzindo a Lei nº 10.666/03, que alterou os requisitos para concessão da aposentadoria por idade: diante do grau de informalidade em que parcela da população trabalho, a comprovação da carência exigida por lei pode ocorrer em momento distinto do advento da idade mínima.

Em relação às decisões judiciais como *incentivo à contramobilização* podemos citar o exemplo dos precedentes relativos à implementação da contribuição previdenciária dos servidores públicos aposentados e seus pensionistas. Após infrutíferas tentativas (no âmbito infraconstitucional) de estipular essa exação, todas rechaçadas pelo Poder Judiciário por não corresponder à regra matriz de incidência, a intervenção judicial nessa pretensão de acréscimo das fontes de custeio dos regimes próprios dos servidores públicos ensejou uma contra-ofensiva governamental, redundando na promulgação da Emenda Constitucional nº 41/03, que constitucionalizou essa pretensão, posteriormente corroborada por decisão do Supremo Tribunal Federal (FRANÇA, 2011: 93-94).

Mencione-se, também, que por vezes a judicialização de políticas públicas é conveniente ao Poder Executivo: a questão judicializada fica sobrestada, não há necessidade de decidir o tema controverso, que fica sob responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário, gerando ao administrador a perspectiva cômoda de apenas “dar cumprimento” às ordens judiciais, em nítido processo de transferência de responsabilidade (MANCUSO, 2011: 267-268; 2009: 363-364). Isso ocorre com o tema da desaposentação,

sem prejuízo para o renunciante da contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do mesmo benefício.”

por exemplo, típico caso de mora do legislador com a consequência de repassar os ônus decorrentes das expectativas sociais a respeito para o Poder Judiciário.

É necessário firmar a premissa de que a relação entre o sistema judicial e a atividade administrativa desenvolvida pelo INSS no desenvolvimento da política pública previdenciária é necessária e, sobretudo, democraticamente saudável. Deve-se abandonar por definitivo a postura/posição acadêmica que visualiza certo conflito entre tais órgãos e instituições, visto que, conforme já debatemos atrás, todos os órgãos componentes do Estado encontram-se vinculados aos direitos fundamentais, todos possuindo o poder-dever de cumpri-los, garanti-los e efetivá-los.

Discordamos das posições doutrinárias que indicam que a judicialização das questões administrativas impede que a própria Administração resolva seus problemas e reforça a descrença da população na capacidade da Administração Pública (MANCUSO, 2012: 147-148) e daquelas que indicam que os atos administrativos são desprestigiados na via judicial, especialmente nas questões previdenciárias (PEZZI, 2012: 143-144).

Os elementos sociológicos a respeito da formação e estruturação da sociedade brasileira, brevemente indicados nos capítulos anteriores, são suficientes a demonstrar como seria problemático o encaminhamento da solução do conflito previdenciário unicamente pela via administrativa. O processo administrativo previdenciário possui um limite intrínseco para a solução do conflito previdenciário, pois se pauta pela legalidade estrita e a origem do conflito previdenciário, muitas vezes, se origina justamente do questionamento da legalidade (e sua revisão pelos parâmetros indicados no Capítulo 2).

A relação entre decisões judiciais e funcionamento administrativo, conforme pudemos perceber de alguns exemplos mencionados, permite a evolução do próprio sistema previdenciário. Já indicamos antes, especialmente pela perspectiva teórica luhmanniana que o sistema político (Poder Legislativo e mesmo o Poder Executivo) não dão conta de, sozinhos, visualizaram e concretizaram todas as demandas sociais.

No campo previdenciário identificamos privilegiadamente um segmento do Direito em que as expectativas sociais levadas aos Tribunais, por motivos que já tivemos

oportunidade de debater, são tratadas com mais celeridade que na esfera legislativa ou administrativa, e permitem, indiretamente, a própria e necessária evolução da legislação previdenciária²⁰⁰.

A partir de uma perspectiva de acoplamento estrutural entre Política e Direito, verifica-se que os direitos fundamentais se generalizam como programas de valor da atividade estatal; a Administração Pública, em sua práxis, acaba por aceitar como norma as decisões casuísticas proferidas na via judicial (LUHMANN, 2007: 620-621).

Há um inegável amadurecimento do conteúdo da norma jurídica previdenciária através desse *duplo grau* de sua efetivação, isto é, sua revisão judicial após conclusão do processo administrativo. Atinge-se, em um segundo momento, a coordenação entre diferentes esferas do Estado: os mesmos princípios de administração, as mesmas regras interpretativas e parâmetros de eficiência passam a ser aplicados nas diversas esferas da administração – judicial e administrativa. Em derradeira etapa, pode-se visualizar o amadurecimento do próprio órgão administrativo, que passa a dirigir sua atuação conforme os vetores interpretativos oriundos do sistema judicial, em modo mais amplo, e não apenas nos casos específicos em que sofreu decisões judiciais revisoras de sua conduta.

4.4. Resolução administrativa do conflito previdenciário.

Uma das vertentes para solução do conflito previdenciário é a resolução administrativa, que se dá através da realização de processo ou procedimento administrativo²⁰¹. Esse é o espaço institucional inicial e naturalmente destinado à análise dos pleitos relativos a benefícios previdenciários.

A finalidade genérica de todo procedimento administrativo é o cumprimento do interesse público (PETIAN, 2011: 89-91). Nessa toada, o procedimento administrativo é informado por todos os princípios constitucionais gerais, como a proteção à dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, interpretada aqui como a confiança

²⁰⁰ Não é despendendo frisar, uma vez mais, que adotamos nesse trabalho uma perspectiva construtiva do conflito, na linha de MORTON DEUTSCH (1973), o que sugere uma proposta cooperativa de sua resolução.

²⁰¹ Não diferenciaremos, para os efeitos deste trabalho, os conceitos de processo ou procedimento administrativo, que tomaremos por sinônimos, sem desconsiderar a polêmica em torno dessa distinção que há na doutrina mais abalizada do Direito Administrativo.

do cidadão nos atos praticados pelo Estado no exercício de função administrativa (PETIAN, 2011: 111-114).

Espera-se do procedimento administrativo relativo às prestações previdenciárias e assistenciais uma relação pautada pela maior confiabilidade possível entre INSS e os cidadãos. Nas palavras de WALDRICH (2014: 84-85), preconiza-se “um estado de cumplicidade entre o Estado e a sociedade e não o Estado para com ele próprio, onde a sociedade espera que o Estado cumpra seu papel, efetivando a legislação pertinente a cada caso, da melhor forma possível”.

Nessa esteira, deve ser afastada a ideia recorrente do processo administrativo como espaço de enfrentamento entre a Administração Pública e o administrado, a qual deve ser substituída pela concepção de que é fruto de uma conjunção de esforços entre ambos, destinada a gerar proveito para o indivíduo e toda a coletividade (TAWIL, 2011: 21-22; no mesmo sentido: PEZZI, 2012: 141-142).

Deve-se salientar que o processo administrativo previdenciário é um processo ampliativo de direitos; não possui natureza sancionatória. É voltado a propiciar um efeito favorável ao cidadão, ampliando sua esfera de direitos, no caso de seus direitos previdenciários. Mesmo que os requisitos para concessão do benefício previdenciário não sejam preenchidos, resultando em seu indeferimento, a natureza deste procedimento administrativo será sempre ampliativa de direitos (PETIAN, 2011: 104-105; no mesmo sentido: WALDRICH, 2014: 91-93). Bem exemplificam essa característica do processo administrativo previdenciário a obrigação do INSS em conceder o melhor benefício previdenciário cabível ao segurado e a vedação, imposta aos servidores da autarquia previdenciária, da recusa de protocolos de pedidos formulados a partir de documentação incompleta²⁰².

O processo administrativo de benefícios previdenciários é regulado por lei específica, no caso a Lei 8.213/91, a qual é pormenorizada pelo Decreto 3.048/99 e pela Instrução Normativa 45/2010 – que na prática se transformam no roteiro a ser seguido

²⁰² É o que dispõem os artigos 105, da Lei 8.213/91 (“Art. 105. A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício”) e 621, da IN 45/2010: “Art. 621. O INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido”.

pelos servidores do INSS. Há também inúmeros outros atos administrativos subalternos editados para questões específicas. Subsidiariamente aplica-se ao processo administrativo previdenciário a Lei 9.784/99 (por força de seu art. 69), que é a norma geral do processo administrativo federal, além das próprias disposições constitucionais a respeito da atuação administrativa, ao que se soma a influência da jurisprudência, especialmente decisões proferidas em Ações Civis Públicas por todo o Brasil²⁰³.

O processo administrativo, em regra, é gratuito. No caso do processo administrativo previdenciário segue-se o padrão da gratuidade, e o processamento é pautado, em grande medida, por informalidade ou pouca formalidade, o que é importante considerando as características culturais e educacionais da maior parte dos segurados, já sublinhadas acima.

A doutrina administrativista também indica que o processo administrativo é pautado pelo princípio da verdade material, assim como por um formalismo moderado (PETIAN, 2011: 195-200). Estas características são bastante relevantes no que diz respeito ao processo administrativo previdenciário, onde a prova de determinadas situações causa bastante impacto em termos de concessão de direitos.

O processo administrativo previdenciário é composto, conforme elaboração doutrinária, por seis fases: a) fase inicial ou postulatória; b) fase instrutória; c) fase de análise administrativa; d) fase decisória; e) fase recursal e, f) fase de cumprimento das decisões administrativas.

A fase inicial ou postulatória é o momento em que o interessado ingressa com o requerimento administrativo, por meio do agendamento eletrônico ou pelo comparecimento nas agências do INSS. A fase instrutória corresponde à instrução probatória do processo judicial; trata-se da etapa em que o interessado apresenta suas provas à autoridade administrativa, visando demonstrar o preenchimento dos requisitos necessários à obtenção do direito pretendido. O desdobramento natural da fase instrutória é

²⁰³ Todo esse trecho relativo ao desdobramento do processo administrativo previdenciário é fundamentado na doutrina de TRICHES e MAUSS (2014). Ver também: KEMMERICH (2012). Acreditamos que para o atendimento das finalidades específicas dessa pesquisa de Doutorado não se faz necessária a pormenorização de detalhes do processo administrativo previdenciário como seus prazos, os tipos de provas admitidas, modalidades de prescrição e decadência, etc. Tais detalhes serão mencionados apenas na medida necessária para o exame do tratamento adequado do conflito previdenciário.

a fase de análise administrativa, momento em que os servidores do INSS analisam a situação previdenciária do interessado (seus vínculos empregatícios, suas contribuições previdenciárias, etc.) e verificam a necessidade de maior instrução processual ou se o processo administrativo se encontra em condições de ser decidido.

A próxima etapa é a fase decisória, momento em que o servidor responsável emite a decisão sobre o direito pleiteado (concedendo ou não o benefício previdenciário pretendido, por exemplo), com fundamento nas provas constantes do processo e nas informações obtidas internamente nos diversos sistemas do INSS, como CNIS ou PLENUS.

No caso de decisão administrativa desfavorável ao segurado, inicia-se a fase recursal, com a possibilidade de interposição de recurso para um órgão administrativo autônomo, o CRPS, com fulcro no art. 126, da Lei 8.213/91²⁰⁴. Por derradeiro, há a fase de cumprimento da decisão administrativa, seja do próprio INSS ou decisão obtida pela via recursal direcionada ao CRPS.

A etapa recursal merece algum aprofundamento de nossa parte. O CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social é um órgão independente do INSS, e é composto por quatro Câmaras de Julgamento (CaJ), situadas em Brasília, e hierarquicamente abaixo destas, 29 Juntas de Recursos com âmbito de abrangência em todo o Brasil, compostas por três julgadores cada.

As Juntas de Recursos correspondem à primeira instância administrativa e analisam, em primeiro lugar, o instrumento denominado *recurso ordinário*, que é o primeiro recurso cabível contra a decisão proferida no INSS em relação à concessão de benefício ou outras pretensões previdenciárias. Caso desprovido o recurso ordinário, é possível a interposição do *recurso especial*, direcionado às Câmaras de Julgamento do CRPS. Há também o incidente de uniformização dos entendimentos adotados no CRPS, em tese ou em relação ao caso concreto.

²⁰⁴ “Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento.”

Os julgadores são indicados pelo Governo Federal, pelos trabalhadores e pelos empregadores, conforme disposição constitucional que pretende assegurar a democratização na gestão da administração previdenciária (art. 194, inciso VII, da Constituição Federal). O CRPS, a partir desse formato, constitui-se como instância administrativa autônoma em relação ao INSS (BALERA, RAEFFRAY, 2012: 67-68, 73), objetivando também independência e imparcialidade nas questões levadas a seu juízo (TRICHES, MAUSS, 2014: 242).

A fase recursal administrativa possui as mesmas garantias de ampla defesa, contraditório e devido processo legal presentes no processo judicial, ainda que seja dotado de certas peculiaridades ausentes naquele.

É inequívoco que nos últimos anos o procedimento recursal se modernizou, encontrando-se totalmente informatizado e muito mais ágil do que era há cinco ou dez anos –muitas vezes é mais rápido que o processo judicial. Em muitos casos, o resultado do recurso administrativo é muito parecido com o do processo judicial, pois os julgadores do CRPS têm a possibilidade de rever a decisão do INSS utilizando o princípio do livre convencimento motivado, podendo fundamentar suas decisões não somente no regulamento interno, mas também com base na legislação vigente e no entendimento da jurisprudência dos Tribunais. A interpretação dos fatos e da legislação, nessa esfera, é ampla e aberta a novas ideias (TRICHES, MAUSS, 2014: 243).

Por tudo isso, entendemos que a atuação do CRPS é bastante adequada à solução do conflito previdenciário, inclusive com a possibilidade de reforma de decisões do INSS, o que se revela excelente filtro à via judicial, contribuindo para a redução da litigiosidade no âmbito previdenciário²⁰⁵.

Uma questão importante reside na necessidade de (re)definição do conceito de interesse público, normalmente aventado como óbice à solução do conflito em que seja parte a Administração Pública. No contexto da sociedade atual, altamente complexa, fica difícil definir o conceito de *interesse público*, que redundaria em um argumento meramente retórico (FARIA, 2003: 84-86, 89-90; LIMA LOPES, 2003).

²⁰⁵ Essa nossa opinião é compartilhada por TRICHES e MAUSS (2014: 280).

A revisão da tese da indisponibilidade do interesse público fica evidente, dentre outros exemplos, na possibilidade da Administração efetuar *termos de ajuste de gestão* no âmbito dos Tribunais de Contas, como forma de evitar lesão ao erário, quando as condutas administrativas são possivelmente dissonantes dos parâmetros legais em vigor. A adoção desse mecanismo consensual representa nova forma de pensar a Administração Pública, no lugar da simples aplicação de sanções aos administradores, compatibilizando-a com as demandas sociais e buscando a concretização dos direitos fundamentais do cidadão por outro viés, não punitivo (SOUZA, 2013: 109-111).

O formalismo jurídico em que se pauta a Administração Pública é normalmente justificado através de premissas como a necessidade de estabilidade e previsibilidade, além de valores como o respeito à democracia (sendo a lei o critério definido pelos representantes eleitos) e à ordem social. Porém, o respeito a tais valores pode ser encontrado e defendido de outras maneiras; é possível discutir metodologicamente outras soluções adequadas para a interpretação jurídica, ainda mais quando a norma é incerta ou de interpretação ambígua (DIMOULIS, 2011: 223, 239).

Outro exemplo evidente da transformação do paradigma da indisponibilidade do interesse público é a possibilidade da utilização da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública, especialmente no âmbito dos contratos administrativos, no campo das agências reguladoras (BENETI, 2009: 627-631) ou quanto a sociedades de economias mista em termos de definição de preços e indenizações (GRINOVER, 2009a: 134-139; SALLES, 2011: 237-258). Enfim, nada a impedir a utilização das ADRs e dos mecanismos consensuais também quando o conflito envolva a Administração Pública.

Outro aspecto que deve ser observado é o da *eficiência* no serviço público. A legitimidade da Administração Pública abandona um paradigma burocrático e adota outro, gerencial-regulatório, pautado pelos resultados. Contudo, esse princípio norteador da atividade administrativa deve se desprender de sua origem neoliberal e se coadunar com os demais princípios constitucionais, especialmente vinculando-se ao programa constitucional que prevê políticas públicas ligadas à concepção do Estado Social (GABARDO, 2002: 17-20, 24 e 89). A eficiência administrativa previdenciária não deve

se limitar à redução de custos, ensejadora de desajustes sociais e graves consequências humanas (SAVARIS, 2014: 137-143).

Também é necessário indicar que o processo administrativo *evoluiu da simples legalidade à juridicidade*²⁰⁶, isto é, encontra-se afeito a todo o Direito, especialmente à Constituição Federal, não somente às leis e regulamentos (PETIAN, 2011: 126-127; SCHWARZ, 2013: 103-107; SARLET, 2004: 353-370), o que se deve em grande medida à complexidade das demandas sociais e correlato desprestígio do Parlamento (FIGUEIREDO, 2005: 133; SUNDFELD, 2012: 34).

Conforme SCHWARZ (2013: 132), “não basta, ao Estado, a edição de normas, pelo Poder Legislativo, mas também gerir, administrar e formular, implantar e avaliar políticas públicas sociais que atendam efetivamente os desejos e necessidades da cidadania segundo essas normas previamente editadas”.

Vimos anteriormente que os direitos sociais (em particular os direitos previdenciários) possuem atualmente uma inadequação estrutural ao princípio da universalidade e abstração das normas jurídicas. As políticas sociais não são mais universais, mas atomizadas, individualizadas. Nessa perspectiva, é necessária a existência de um contencioso administrativo adequado a esta realidade – uma perspectiva processual dos direitos sociais. Na visão clássica dos direitos sociais, a automaticidade das prestações permitia uma gestão administrativa, mecânica, dos benefícios. A gestão individualizada do social exige uma certa *judicialização*, no sentido da existência de um processo administrativo ágil e célere, dotado de recursos administrativos, com mecanismos de representação dos beneficiários e eventualmente a participação de mediadores em certas situações (ROSANVALLON, 2011: 211).

O processo administrativo também deve deixar de ser visto como uma mera etapa prévia ao contencioso judicial (necessidade de esgotamento de instância para configuração do interesse de agir), passando a ser considerado como um mecanismo efetivo e pleno à resolução dos conflitos com a Administração Pública, sem necessidade de

²⁰⁶ A garantia de juridicidade das políticas públicas e do processo administrativo pode ser alcançada através da participação das Procuradorias Federais na própria elaboração da política pública, como no caso da política previdenciária, inclusive com observância de aspectos sociais, econômicos, ambientais, entre outros (PEZZI, 2012: 137-140).

recurso à via judicial (TAWIL, 2011: 23-24). Sobretudo porque o dever fundamental do Estado é realizar, praticamente, as políticas públicas que já estão previstas na Constituição Federal.

Adotados estes parâmetros, a resolução administrativa do conflito previdenciário pode ser considerada constitucional e, sobretudo, um modo adequado de tratamento do conflito previdenciário, o que traria inúmeras vantagens sociais: a) inegável filtro de litigiosidade previdenciária, reduzindo o impacto no sistema judicial, mas de modo salutar; b) mecanismo de evolução do próprio sistema previdenciário, permitindo a incorporação de novas demandas sociais em termos de expectativas sociais a respeito dos direitos previdenciários – de modo mais célere do que a via legislativa e mais democrática do que a via judicial²⁰⁷.

4.4.1. Experiências de resolução administrativa não litigiosa de conflitos.

Este tópico se destina análise de alguns exemplos/modelos de resolução administrativa não litigiosa. Começaremos pelos modelos destinados especificamente aos conflitos previdenciários.

Há diversos atos normativos e pareceres visando à redução da litigiosidade previdenciária, com o reconhecimento dos direitos pleiteados pelos segurados e aposentados. Listaremos os principais²⁰⁸:

- a) reajuste de 147,06% com a Portaria MPS nº 302, de 20.07.1992;
- b) revisão da ORTN/OTN pela Portaria Interministerial AGU/MPS nº 28/2006;
- c) acordo do IRSM de fevereiro/94, pela Lei 10.999/2004;
- d) da união homoafetiva, com a IN INSS/DC nº 25/2000;

²⁰⁷ Essa medida de solução positiva do conflito previdenciário pode ser interpretada a partir da perspectiva dos conflitos construtivos, de MORTON DEUTSCH, ou da autoobservação praticada pelos sistemas, no sentido de evoluírem a partir dos estímulos externos vindos do ambiente, conforme metodologia luhmanniana.

²⁰⁸ Não se pode deixar de frisar que muitos desses atos administrativos e normas reconhecedoras dos direitos dos segurados vieram apenas após longa batalha judicial onde já se havia obtido esse tipo de garantia previdenciária.

- e) do reconhecimento do “boia fria” como segurado obrigatório, através do Parecer MPAS/CJ nº 1050/97;
- f) acordo para pagamento da revisão do teto previdenciário – Memo nº 59A/GA/MPS/2011;
- g) reconhecimento da metodologia de cálculo dos benefícios prevista no art. 29, II, da Lei 8.213/91, com a Nota nº 146/2012/DEPCONT/PGF/AGU.

Mais recentemente, há o exemplo da Resolução Conjunta nº 01, de 25.01.2013 (DOU 1, p. 35), assinada conjuntamente pelo Presidente do INSS, pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS e o Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social. Esse ato normativo admite, respeitados os valores fixados em lei – a saber a Lei 10.259/01, que trata da transação no âmbito dos Juizados Especiais Federais – a celebração de acordos ou transações administrativas pelo INSS no âmbito do CRPS (art. 1º)²⁰⁹.

Essa possibilidade de acordo administrativo apresenta uma grande vantagem que é a celeridade, pois estabelece o prazo de dez dias para a análise, pelos Conselheiros, acerca da viabilidade de acordo, e mais dez dias para a formulação de proposta, além de idêntico prazo para aceitação do acordo por parte do segurado (art. 4º), além do prazo de 30 dias para efetivação da medida nas agências do INSS (arts. 8º e 9º).

Por outro lado, tal modalidade de transação administrativa padece dos limites que podem ser apontados para a atuação administrativa em geral: a necessidade de regulamentação por parte do Procurador-Chefe da Procuradoria Federal do INSS; a adstrição às hipóteses de estrita legalidade, etc. Não vemos nesse diploma legal a possibilidade de inovar em relação ao ordenamento jurídico ou de encontrar soluções inovadoras para o conflito previdenciário.

Deve ser mencionado o Programa de Redução de Demandas Judiciais do Instituto Nacional do Seguro Social, trazido pela Portaria Interministerial AGU/MPS nº08, de 03.06.2008 (DOU de 05.06.2008), que visa a identificação de conflitos jurídicos em

²⁰⁹ Através da assinatura de Termo de Cooperação em abril de 2013, a Defensoria Pública da União aderiu a essa plataforma de resolução consensual de conflitos na via administrativa, junto ao CRPS (FERRAZ, 2014).

matéria previdenciária, em sede administrativa ou judicial, os quais serão resolvidos pelo Ministério da Previdência Social, assessorado por sua Consultoria Jurídica, ou pela Advocacia-Geral da União, por meio da fixação da interpretação da legislação previdenciária a ser uniformemente seguida pelas instâncias administrativas do INSS, bem como pelos Procuradores Federais que o representem em juízo (art. 1º).

Esse programa possui o mérito de possuir caráter permanente, e de ensejar a alteração de posturas administrativas e judiciais do INSS²¹⁰. Além disso, também é digno de encômios à medida que suscita a investigação sobre as causas recorrentes de indeferimentos de benefícios previdenciários²¹¹ – o que corresponde, dentro da tese que aqui postulamos, às causas do conflito previdenciário.

Há também o modelo da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF²¹²²¹³, que foi criada com a intenção de diminuir o número de litígios judiciais envolvendo a União Federal, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais, como demandantes ou demandados, bem como conflitos de interesses entre a Administração Pública direta e a Administração indireta. O bom desempenho e

²¹⁰ Veja-se o conteúdo dos arts. 2º, § 6º, 5º e 6º, do referido normativo:

“Art. 2º. (...)

§ 6º As recomendações de alteração de atos normativos no âmbito do INSS serão acompanhadas de justificativas, devendo ser aprovadas por maioria absoluta e serão encaminhadas ao Presidente do INSS, para as providências cabíveis.”

“Art. 5º As orientações editadas pelo Ministro da Previdência Social e pelo Advogado-Geral da União nos termos desta Portaria devem ser aplicadas aos casos semelhantes pelo Conselho de Recursos da Previdência Social, pelas Agências da Previdência Social e pelos Procuradores Federais que representam o INSS em juízo ou que prestam consultoria e assessoramento jurídicos ao INSS e suas autoridades.

§ 1º Havendo ação em juízo, cujo objeto tenha sido disciplinado nos termos do *caput*, o Procurador Federal que representa judicialmente o INSS deverá adotar o meio legalmente previsto para adequar a tese de defesa às orientações editadas e, se for o caso, requerer a extinção do feito.

§ 2º Eventuais dúvidas na aplicação das orientações referidas no *caput* deste artigo pelas Agências da Previdência Social serão dirimidas pelos Procuradores Federais que tenham atribuição para lhes prestar consultoria e assessoramento jurídicos em cada localidade.

Art. 6º Para dar efetividade ao Programa de Redução de Demandas Judiciais do INSS a Comissão Executiva poderá submeter às autoridades competentes propostas de instruções complementares sobre transação e desistência de recursos nas ações de benefícios em que o INSS figure como réu.”

²¹¹ “Art. 3º O Presidente do INSS e o Procurador-Geral Federal poderão, em ato conjunto, designar Procuradores Federais e servidores do INSS, com ou sem dedicação exclusiva, para atuarem, em Agências da Previdência Social previamente indicadas, no levantamento das causas recorrentes de indeferimento de benefícios.”

²¹² Trata-se de experiência administrativa de resolução não litigiosa de conflitos que não se incumbe exclusivamente de matéria previdenciária, mas pode ser destinada a este tipo de conflito, com adaptações.

²¹³ A CCAF foi instituída pelo Ato Regimental nº 05, de 27.09.2007, da Advocacia-Geral da União, sendo órgão da Consultoria-Geral da União.

resultados da CCAF redundaram na ampliação de seu objeto, passando a dispor também a respeito da resolução extrajudicial sobre conflitos entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados e do Distrito Federal²¹⁴.

As contendas relativas à Administração Federal com os demais órgãos federais, distritais ou estaduais passam, inicialmente, por uma tentativa de conciliação, que é homologada pelo Advogado-Geral da União. Frustrada a tentativa de conciliação, resolve-se a questão através de Parecer emanado da Consultoria-Geral da União homologado pelo Advogado-Geral da União. Aqui, a figura utilizada é a arbitragem. Mas sempre se privilegia a solução que evite a judicialização da questão. Essa mudança de comportamento com a CCAF poderia servir de modelo ao trato do conflito previdenciário.

4.4.2. Custos sociais totais da resolução do conflito previdenciário.

Devem ser analisados os custos sociais totais envolvidos na resolução do conflito previdenciário, seja pela via administrativa, seja pela via judicial, consideradas também estas duas em conjunto. Essa análise deve ser realizada principalmente à luz da metodologia propiciada pela Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*).

Há elevados custos com a Advocacia Pública empregada no contencioso previdenciário e com a necessária estrutura do Poder Judiciário criada e mantida para dar conta da demanda previdenciária (ALVES, 2012: 32; BOCHENEK, 2013: 407-408). Possivelmente haveria redução de custos globais se houvesse uma plataforma de adesão aos programas de solução consensual nessa esfera²¹⁵ (VAZ, 2012: 34).

Outro aspecto importante: a resistência judicial às pretensões em matéria previdenciárias muitas vezes redundam na condenação do INSS em pagar os valores atrasados acrescidos de juros moratórios e atualização monetária, o que apenas sobreonera a coletividade, sem qualquer tipo de benefício social (VAZ, 2012: 33). O refinamento da forma de análise de benefícios previdenciários na via administrativa ensejaria redução de

²¹⁴ Ato Regimental nº 02, de 09.04.2009, da Advocacia-Geral da União, que alterou a redação do Ato Regimental nº 05, de 27.09.2007.

²¹⁵ Destaque-se a realização de Acordo de Cooperação Técnica patrocinado pelo CNJ, envolvendo este, o CJP, a Advocacia Geral da União, o Ministério da Previdência Social e o INSS, com o intuito de alterar a cultura de litigiosidade e definir a padronização e implementação de procedimentos judiciais e administrativos para solução do conflito previdenciário (RICHA, 2011: 68-69).

custos totais com o sistema previdenciário: o aumento de gastos a partir da concessão de maior número de benefício seria compensado com a menor proporção de pagamentos judiciais – precatórios e RPV (ALVES, 2012: 41-42).

A ineficiência do processo administrativo como filtro à litigiosidade gera, portanto, custos dobrados à sociedade. Aos custos do processo administrativo somam-se os custos de movimentação da máquina judiciária, em postura que não é compatível com o princípio de eficiência administrativa, além dos custos em termos de supressão da dignidade humana, pelo atraso na resolução do conflito previdenciário, difíceis de serem mensurados.

Um dado relevante a ser considerado é o índice de procedência das ações em desfavor do INSS, que gira em torno de 45,53%, enquanto a procedência parcial das ações remonta a 27,23% e a improcedência (considerada como a vitória total do INSS na ação judicial) encontra-se na casa dos mesmos 27,23%. Tomando em conta que a procedência parcial concede o benefício previdenciário e apenas refuta pedidos secundários do segurado – juros de mora, indenizações morais ou forma de pagamento – há derrota da autarquia previdenciária em aproximadamente 72% dos processos judiciais (ALVES, 2012: 31).

Outra perspectiva global de redução de custos sociais totais da resolução do conflito previdenciário reside na liberação da máquina judiciária (encontrados ou aprimorados outros mecanismos de resolução desse conflito) para atuar em outros tipos de conflitos, em causas talvez mais complexas – quiçá ações coletivas -, o que é inviável atualmente diante da quantidade esmagadora de processos judiciais em curso (dos quais parcela relevante consiste em ações previdenciárias).

Preconiza-se também uma nova atuação da Procuradoria Federal do INSS. Embora um sujeito parcial do processo, cogita-se da necessidade de aplicar a nova hermenêutica constitucional, não podendo atuar na defesa de posições que estejam em contrariedade à Constituição Federal ou aos direitos fundamentais, evitando o prolongamento indevido dos processos judiciais (BRADBURY, 2010: 45-56). No mínimo deve ser acentuada a tendência de dispensa da impugnação judicial nos temas já

pacificados pelos Tribunais Superiores, como forma de descongestionar o Poder Judiciário e evitar o próprio litígio (SILVA, 2013).

O ideal seria conferir certa autonomia de atuação para os Procuradores do INSS. Assim como o Poder Legislativo não consegue legislar sobre todos os assuntos, também o Advogado Geral da União não consegue editar Súmulas Administrativas impeditivas de recurso sobre todos os casos com que se deparam os Procuradores Federais. Estes profissionais deveriam ter certa liberdade de atuação nas situações não abrangidas nestas Súmulas, sempre na linha de defesa dos direitos fundamentais (BRADBURY, 2010: 75-76).

Nessa linha, sugere-se o *ajuizamento seletivo* de demandas/defesas judiciais por parte da Fazenda Pública, com fulcro no princípio da eficiência administrativa, priorizando-se as causas que teriam maior impacto ao interesse público (FREITAS, 2013).

A melhor atuação do INSS, que defendemos com o escopo de reduzir os custos totais da política pública previdenciária, no rumo daquilo que JUAREZ FREITAS (2014: 122-132) denomina de um *direito fundamental à boa administração pública*, também se justifica pela incidência do *princípio da precaução*, que impõe aos Poderes Públicos evitarem danos desnecessários ao Erário²¹⁶, adotando medidas antecipatórias e proporcionais.

4.5. Parâmetros (*standards*) para a resolução não judiciária do conflito previdenciário.

Neste tópico demonstraremos os parâmetros a serem observados para a ótima resolução do conflito previdenciário, judicial ou administrativa, consensual ou não, que mais adequação possuam à contextualização dos direitos previdenciários como direitos fundamentais.

²¹⁶ Gastos desnecessários na ação judicial: aplicação de atualização monetária e juros de mora sobre o débito previdenciário; além de honorários advocatícios, por exemplo.

4.5.1. Parâmetros gerais.

Compreendemos que a solução do conflito previdenciário deve ter como foco prioritário os mecanismos oriundos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que serão adiante tratados. A resolução de conflitos em torno de relações previdenciárias por parte do Poder Legislativo, como tivemos oportunidade de discutir anteriormente, é limitada e sofre das mesmas restrições do exercício da cidadania através da representação eleitoral de que padece a nossa sociedade.

Diante da dificuldade de mudança da estrutura legislativa e das formas atuais de representação eleitoral, o que tem a ver com a necessidade de uma mudança sócio-cultural que transcende aos temas previdenciários e afeta todo o quadro democrático nacional e o próprio exercício de cidadania, sugere-se deixar em segundo plano a via propriamente legislativa para a resolução do conflito previdenciário, pois a imediatidade desse tipo de conflito assim exige.

Pesa, nessa conclusão, o fato de que o sistema político é um subsistema social específico, autopoético, com suas regras próprias de funcionamento que não poderão ser alteradas em virtude de demandas externas, como as expectativas normativas em matéria previdenciária.

Nestes termos, a resolução do conflito previdenciário será prioritariamente tratada nos âmbitos administrativo e judicial, seja, no primeiro caso, através de inovações no processo administrativo, inclusive com a utilização da conciliação nessa esfera, e dos processos de mediação envolvendo a Administração Pública, seja, no campo judicial, através da solução adjudicada (sentença judicial) ou de mecanismos de conciliação ou mediação²¹⁷.

Idealiza-se um sistema coordenado e integrado, não um sistema concorrencial ou excludente (com primazia do sistema judicial ou administrativo, por exemplo).

²¹⁷ Retomo, aqui, a ressalva conceitual feita anteriormente, a respeito da confusão metodológica realizada pela Resolução nº 125 do CNJ, que trata de modo igual institutos diversos como a mediação e a conciliação.

Em primeiro lugar indicaremos alguns elementos gerais, que entendemos devam ser adotados/observados por quaisquer desses mecanismos que iremos tratar adiante.

O primeiro desses elementos é a necessidade de criação de mecanismos de resolução do conflito previdenciário que possuam abrangência nacional, ou de eficácia/alcance nacional, pois referida modalidade de conflito ocorre em todo o território nacional, atingindo potencialmente todos nossos cidadãos. Esta característica de capilaridade dos conflitos previdenciários, já abordada anteriormente, é agravada pelas diferenças e desigualdades regionais que são característica de nossa formação nacional.

Outra questão importante a ser debatida é a necessidade de um desenho de solução de conflitos que seja permanente e não apenas episódico (GABBAY, ASPERTI, 2014: 170-172).

Outro fator que não pode ser olvidado: o órgão ou sistema que se estabeleça para a solução não judiciária da controvérsia previdenciária²¹⁸ deverá ser, impreterivelmente, democrático e contar com a participação da sociedade, nos termos do art. 194, inciso VII, da Constituição Federal²¹⁹, elemento idôneo a lhe conferir legitimidade²²⁰ (BALERA, RAEFFRAY, 2012: 67-68, 73).

²¹⁸ Apomos essa distinção pelo fato de que a composição quadripartite e democrática prevista no art. 194, inciso VII, da Constituição Federal de 1988 se aplica tão somente à gestão administrativa da Seguridade Social, não à composição dos órgãos judiciárias, tratados nos arts. 93 e seguintes do Texto Constitucional.

²¹⁹ Eis o teor do inciso VII, do parágrafo único do art. 194 do Texto Constitucional:

“Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...)

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”.

Pode ser considerado um grande retrocesso a extinção do CNSS – Conselho Nacional da Seguridade Social pela Medida Provisória 2.216, de 31.08.2001, pois o Conselho era um espaço privilegiado de discussão de políticas públicas de Seguridade Social (BERWANGER, 2014: 137). Serão espaços democráticos e coletivos como os Conselhos que revitalizarão ou possibilitarão algo próximo de uma *mediação em torno das questões previdenciárias*.

²²⁰ Nesse sentido, deve ser criticado, por falta de legitimidade democrática, o programa de redução de demandas judiciais trazido pela Portaria Interministerial nº 08/2008, da AGU/MPS, que não conta com a participação de representantes dos empregados ou aposentados, sendo composto apenas por membros da AGU ou da estrutura interna do INSS e da Previdência Social:

“Art. 2º O Programa de que trata o caput do art. 1º desta Portaria durará até 31 de dezembro de 2008 e será executado por uma Comissão Executiva composta por representantes das seguintes entidades:

I - da Advocacia-Geral da União:

a) um Procurador Federal indicado pelo Advogado-Geral da União e que será o coordenador da Comissão;

Quanto ao tempo e custos envolvidos na metodologia ou DSD desenvolvidos para a adequada solução dos conflitos previdenciários, deve-se observar que, pelas características do bem jurídico em disputa, deve-se atentar para mecanismos céleres e gratuitos ou, ao menos, de pequeno custo econômico aos segurados – ou para a sociedade, que os arca indiretamente.

Os mecanismos consensuais de solução de conflitos normalmente tendem a ser mais econômicos, além de permitirem ganho social de tempo e em relação à própria imagem da Administração Pública (GABBAY, ASPERTI, 2014: 173-174).

A autonomia do Direito da Seguridade Social implica a existência de um contencioso judicial ou administrativo especializado. A natureza alimentar de certas prestações previdenciárias dificilmente se acomoda na lentidão, complexidade e custos inerentes ao contencioso comum do processo civil (ou do processo administrativo), sendo necessárias: grande acessibilidade, gratuidade e rapidez dos procedimentos, além de regras simplificadas e despidas de formalismo excessivo (HUTEAU, 2001: 91-100).

Cogita-se também o abandono de fórmulas estritamente positivadas ou unicamente jurídicas, adotando-se métodos interdisciplinares (AZEVEDO, 2011: 16). No caso do conflito previdenciário, sua resolução pode se dar com recurso à sapiência e metodologia de disciplinas como a Economia, a Ciência Social e a Estatística, Serviço Social e Gestão Pública, dentre outras.

Por último, mas não menos importante, verifica-se a necessidade de uma metodologia de adequada solução do conflito previdenciário que contemple as demandas e

b) um Procurador Federal indicado pela Procuradoria-Geral Federal; e

c) um Procurador Federal indicado pela Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS.

II - do Ministério da Previdência Social:

a) um indicado pela Consultoria Jurídica do Ministério;

b) um indicado pela Secretaria de Políticas da Previdência Social; (Nova redação dada pela Portaria Interministerial AGU/MPS nº 7, de 11/03/2009)

c) um indicado pelo Conselho de Recursos da Previdência Social; e (Nova redação dada pela Portaria Interministerial AGU/MPS nº 7, de 11/03/2009)

d) um indicado pelo INSS. (Incluído pela Portaria Interministerial AGU/MPS nº 7, de 11/03/2009)”

pretensões individuais e, igualmente, as necessidades e demandas coletivas – diante da abrangência nacional e capilaridade desse tipo de conflito, já demonstradas anteriormente.

Seria conveniente a formulação de estratégias que, mesmo que originadas de pretensões individuais, oportunamente e em ambiente legítimo, se obtivesse ou se buscasse a regulação geral e abstrata da questão, ensejando verdadeira evolução normativa do sistema previdenciário.

4.5.2. Parâmetros para a solução administrativa do conflito previdenciário.

Indicados aqueles elementos que entendemos são os parâmetros gerais para a adequada solução do conflito previdenciário, direcionemos a análise especificamente para a esfera administrativa.

De plano, destacamos que é desnecessária a criação de outro órgão administrativo, como outra estatal ou uma agência reguladora, por exemplo, com o encargo da fiscalização e regulamentação das políticas públicas previdenciárias. Essa função já vem sendo exercida satisfatoriamente pelo INSS, e a criação de outro órgão administrativo implicaria em sobreposição de instâncias e duplicação de custos, sendo que destacamos apenas a necessidade de aprimoramento do modelo.

No mesmo sentido, não se defende a criação de novas e outras estruturas para o processo administrativo, apenas a alteração de seu modo de funcionamento²²¹, a ponto de ser mais adequado à resolução do conflito previdenciário nos moldes que discutiremos a seguir.

A concepção prevalecente no Direito Administrativo atual é aquela que desconfia do administrador e da possibilidade deste criar soluções, políticas e programas.

²²¹ ALVES (2012: 38-39), por exemplo, sugere a reformulação das atribuições da CCAF, originalmente pensada para a resolução consensual de conflitos existentes entre órgãos da Administração Federal, passando a abranger a possibilidade de diálogo com entidades sociais representativas de trabalhadores, empregados e aposentados, a fim de encontrar soluções não judiciais, gerais e abstratas, para situações como atos normativos internos da Previdência, consultas formuladas e aplicação da legislação previdenciária de forma inadequada, segundo a visão do proponente. Entendemos, contudo, que tal reformulação da CCAF pode implicar em usurpação do papel atribuído ao CRPS e demais Conselhos da área da Seguridade Social.

A vinculação estrita ao Parlamento seria o eixo central da engrenagem que assegura a submissão da Administração ao Direito (SUNDFELD, 201: 133).

O caminho que propomos defende a revisão parcial desse paradigma. Mas é preciso ainda tecer algumas considerações preambulares. A concepção de que apenas o Parlamento possui espaço jurídico de criação é enganosa e não corresponde à experiência jurídica atual. Com efeito, a ampliação das funções do Estado, no século XX, intervindo amplamente na sociedade e na economia, propiciou que a própria Administração Pública fosse produtora de normas jurídicas diante da insuficiência do Parlamento. De outra parte, os condicionamentos normativos ao Administrador são múltiplos: deve atenção não somente à lei, mas à Constituição Federal, aos princípios extraídos da jurisprudência, aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, às normas produzidas por agências reguladoras (SUNDFELD, 2013: 145-148).

Todos estes pontos vão invalidando a ideia de *legalidade estrita*, pois a ação normativa do Estado é que está evoluindo: há uma *intensificação normativa*, isto é, a produção de ainda mais normas jurídicas que não exclusivamente aquelas do Parlamento. Estamos em uma era de *concorrência normativa* e nesse quadro se apresenta como mui relevante a tarefa de encontrar procedimentos adequados à atuação administrativa conforme ao Direito e compatível com esse novo quadro normativo, bastante complexo, delineando como seria o quadro em que a Administração poderia, ela mesma, criar soluções, políticas e programas (SUNDFELD, 2013: 151-155).

Além das leis exaustivas, que regulam completamente os direitos e deveres, dando espaço apenas para regulamentos executivos, existem *leis-quadro*, fixando as diretrizes e bases de uma regulação, isto é, apenas seus parâmetros gerais mínimos, autorizando assim a Administração, dentro desse quadro, a exercer competência normativa, os chamados *regulamentos autorizados*²²², os quais desenvolvem o programa previsto em

²²² A diferença entre um e outro tipo de regulamento deve partir das normas constitucionais instituidoras de reservas específicas de lei – para atribuição de direitos e deveres de modo completo - e da identificação de soluções jurídicas capazes de dirigir consistentemente a ação administrativa (SUNDFELD, 2013: 169-174).

lei, nos limites por ela autorizados, mas produzem inovações à esfera jurídica²²³ (SUNFELD, 2013: 168).

É caso, portanto, de uma revisão do conceito de discricionariedade administrativa, na esteira do que propõe JUAREZ FREITAS (2014: 24), que a define como uma competência, mais do que uma faculdade, “de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções [*entre várias opções lícitas*], mediante justificativas, coerentes e consistentes de sustentabilidade, conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública”²²⁴.

O novo perfil de processo administrativo previdenciário que preconizamos deve abrir janelas para as novas e plúrimas (no sentido da grande contingência e complexidade que caracterizam o sistema jurídico moderno) expectativas sociais em matéria previdenciária.

Demonstrou-se anteriormente a insuficiência do princípio da legalidade, em sua versão abstrata e generalista, para tratar da complexidade social que caracteriza os tempos modernos. Há uma variedade de situações (contingência) a exigir permanente evolução do sistema jurídico. O processo administrativo deve se adequar a esse novo padrão de regulação jurídica, possuindo mecanismos internos de atuação suficiente a satisfazer essas demandas sociais em torno de direitos previdenciários.

A literatura destaca a dificuldade dos órgãos administrativos exercerem, por si próprios, o controle de constitucionalidade das leis e normas regulamentares a que estão sujeitos, deixando de aplicá-las (SARLET, 2004: 357-358). Mas nada se produziu, robustamente, sobre eventual vedação de interpretações em conformidade à Constituição, modelo diverso e que pensamos mais moderno e útil aos novos e complexos tempos sociais.

²²³ A doutrina tradicional sugere que a Administração, diante de normas legais incompletas, não pode decidir diretamente casos individuais e concretos. Haveria a necessidade de, previamente, regulamentar a questão através de parâmetros gerais e abstratos (SUNDFELD, 2013: 164-165).

²²⁴ Vê-se que o autor citado propõe um conceito mais restrito de discricionariedade administrativa do que aquele que comumente aparece nos manuais, que confere à Administração Pública, nos casos de discricionariedade, ampla margem de atuação, conforme sua livre oportunidade e conveniência. Mas mais ampla do que a singela atuação administrativa vinculada.

Talvez a busca de soluções para o conflito previdenciário pela via administrativa – especialmente através do desenvolvimento do processo administrativo –, de acordo com esse novo quadro que delineamos seja, a princípio, mais democrática do que certas soluções encontradas pela esfera judicial. Ao menos no que concerne à inovação da esfera jurídica e construção de “novos direitos”²²⁵.

A garantia de legitimidade para esse tipo de atuação administrativa poderia partir da utilização de mecanismos os mais variados: processo administrativo; audiências e consultas públicas; motivação das decisões proferidas; estudos prévios do impacto regulatório e posterior monitoramento de sua implementação (SUNDFELD, 2013: 180).

No caso do conflito previdenciário, seria necessária a participação dos principais agentes envolvidos nessa disputa alocativa (INSS, Procuradoria Federal, Poder Judiciário, sindicatos de trabalhadores, pensionistas e aposentados, instituições coletivas), o que ganharia o status de uma *mediação pública* ou *mediação interinstitucional*, possivelmente com o Poder Judiciário atuando como mediador privilegiado e imparcial nesse DSD – um ator estratégico na resolução desse conflito, preferencialmente na esfera coletiva, estabelecendo prazos, metas, etc., com foco na redução de litigiosidade²²⁶.

É relevante também o abandono de fórmulas estritamente positivadas ou unicamente jurídicas, adotando-se métodos interdisciplinares (AZEVEDO, 2011: 16). No caso do conflito previdenciário, sua resolução pode se dar com recurso à sapiência e metodologia de disciplinas como a Economia, a Ciência Social e a Estatística, Serviço Social e Gestão Pública, dentre outras.

Cogita-se um modelo próximo do que há no Direito Administrativo norte-americano, informado pelo princípio da *negotiated rulemaking*, que é a elaboração negociada dos regulamentos administrativos, isto é, a obtenção de consenso entre setores regulados e os usuários dos serviços regulados, o que é levado em consideração pelo órgão

²²⁵ Embora possa ser apresentado o contraponto de que o INSS e, em parte, o CRPS, são compostos por burocratas e funcionários de menor escalão, igualmente despidos de legitimidade, tal como se atribui corriqueiramente aos magistrados.

²²⁶ Não deixam de existir, quanto a esse papel que sugerimos ao sistema judicial, questionamentos quanto a sua capacidade institucional e mesmo sua legitimidade – temas que julgamos suficientemente debatidos em tópico anterior, referente ao controle judicial de políticas públicas.

regulador competente no momento de elaborar as normas aplicáveis àquele segmento (SOUZA, 2014: 195).

A revisão da interpretação do alcance das funções administrativas talvez mereça a edição de norma jurídica expressa autorizando a construção de novos direitos previdenciários a partir de certos órgãos administrativos. Possivelmente seria insuficiente a mera atualização hermenêutica do papel do administrador, facultando-o construir novos direitos previdenciários. Acreditamos que seja necessária uma renovação normativa como aquela verificada, no campo do processo administrativo, com a edição da Lei 9.784/99, que oxigenou esse segmento do Direito Administrativo.

Já há um discurso presente na comunidade jurídica e mesmo previsão normativa (a exemplo da Lei 9.784/99, no âmbito federal) que define a vinculação da Administração não somente à estrita legalidade, mas também a todo o Direito (princípio da juridicidade). Vemos, pois, a necessidade de efetivar e mesmo radicalizar essa perspectiva, o que ocorreria na esfera administrativa previdenciária, a nosso ver, principalmente a partir do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social²²⁷²²⁸.

Tanto o CRPS como o INSS teriam condições de fazer a ponte entre demandas que se apresentam individualmente e a necessidade de regulamentação coletiva (geral e abstrata) da matéria previdenciária.

Como efeitos positivos dessa reformulação do processo administrativo previdenciário lista-se a inequívoca redução de litigiosidade (ALVES, 2012: 37) e a inexistência da produção de novos custos econômicos à sociedade – diante do aproveitamento estrutural do INSS e do CRPS, ainda que sob nova roupagem ou novo modo de funcionamento, pois se evita a criação de novos órgãos administrativos.

²²⁷ Acreditamos que o alcance desse tipo de inovação fique mais bem posicionado em uma instância administrativa mais qualificada e de menor alcance quantitativo como o CRPS, do que nas agências de atendimento ao público do INSS.

²²⁸ Nesse sentido, entendemos que vai na contramão do posicionamento mais congruente com os direitos fundamentais que aqui defendemos a recente aprovação da Súmula 35 do CRPS: “Os pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social aprovados pelo Ministro de Estado, bem como as súmulas e pareceres normativos da Advocacia-Geral da União vinculam o Conselho de Recursos da Previdência Social em suas atividades, exceto nas de controle jurisdicional”. A medida, a nosso ver, retira autonomia do CRPS, agravando em ainda maior medida o problema de solução do conflito previdenciário, pois inviável sua discussão na via administrativa, a tendência é aquela inequívoca busca da via judicial.

4.5.3. Parâmetros para a solução judicial do conflito previdenciário.

Passemos à análise dos parâmetros importantes para a resolução do conflito previdenciário na esfera judicial, iniciando com algumas ponderações gerais específicas para esse campo.

Tornamos a destacar que não se destinou esta pesquisa ao tema da gestão processual. É certo que se trata de importante problema, mas inespecífico do conflito previdenciário. Ademais, optou-se por uma abordagem não apenas processual deste conflito, o que redundou na demanda de respostas não exclusivamente processuais.

Todo modo, o papel do sistema judicial é relevante em matéria de defesa dos direitos fundamentais e, ainda que imperfeito, deve ser integralmente preservado no caso do conflito previdenciário – sendo necessário, apenas, um reforço no sentido da prevenção de demandas, através da adoção de um novo perfil de processo administrativo previdenciário, matéria tratada logo acima.

Embora exista um discurso bem consistente de que a AGU e o INSS são instituições voltadas à defesa dos direitos fundamentais e do interesse público primário (não do interesse meramente fazendário), certo é que essa retórica não condiz com a prática. É necessário que esse discurso seja posto em funcionamento e radicalizado, sob pena de judicialização infinita do conflito previdenciário – *revisão da forma de litigância da autarquia previdenciária*.

Em relação à sua capacidade institucional, o Poder Judiciário possui perfil mais contensor do que transformador; assim, é mais idôneo à realização da pauta de legalidade (defesa de direitos violados) que daquela pauta que denominamos interpretativa, isto é, ampliadora dos direitos previdenciários.

Mas isso não impede que o sistema judicial exerça esse papel, conforme as potencialidades e perplexidades que caracterizam o controle judicial de políticas públicas, já tratadas anteriormente. Sobretudo quando se cogita que as decisões judiciais interferem positivamente na própria formulação e implementação das políticas públicas – matéria

também tratada acima – e se enxerga o segurado à míngua de outras esferas políticas de expressão dessas pretensões sociais acerca de direitos previdenciários.

Alguns apontamentos devem ser tecidos especificamente em relação à conciliação judicial.

Já foi observado que o INSS somente aceita acordos, nas tentativas de conciliação, quando a pretensão do autor revela-se inequívoca. Os estritos parâmetros²²⁹ nos quais pode realizar conciliação judicial o Procurador da autarquia previdenciária residem nas duas hipóteses seguintes: a) inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito a ser aplicado, o que se verifica a partir e tão somente das Súmulas Administrativas editadas pelo Advogado-Geral da União; b) erro administrativo, reconhecido pela autoridade competente, derivado o erro de simples análise de provas e documentos que instruem a ação. Fora desses parâmetros o entendimento comum é que a realização de conciliação implicaria em ofensa ao interesse público. Nessas hipóteses, entretanto, deveria haver revisão de ofício pela própria Administração, no exercício do dever de autotutela administrativa, sem necessidade de recurso à via judicial²³⁰ (BATISTA, 2014: 122-124).

Porém, nas hipóteses citadas não haveria sentido em impor às partes-autoras dos processos judiciais previdenciários a renúncia a parcela de seus direitos. As soluções processuais já existentes (medidas cautelares ou antecipatórias de tutela jurisdicional, por exemplo) seriam suficientes e de melhor qualidade²³¹ (VAZ, 2012: 39).

²²⁹ A indicação dessas possibilidades encontra-se disposta na Portaria AGU 109/07, que revogou o texto normativo anterior, Portaria 505/2002, ambas editadas pelo Advogado-Geral da União.

²³⁰ Do ponto de vista estritamente processual, afere-se que se o particular possui direito em face da Administração Pública, seria o caso de reconhecimento total ou parcial da procedência do pedido; outrossim, se o particular não possui razão alguma, realmente persiste o interesse em contestar a pretensão judicial e praticar a defesa do interesse público. Porém, se há algum grau de probabilidade de ganho do particular, mas ainda não há certeza fática ou jurídica a esse respeito (pela necessidade de instrução probatória ou pelo fato de existirem diversas interpretações jurídicas possíveis, bem como divergência jurisprudencial), aí reside um importante espaço para a resolução consensual (SOUZA, 2014: 200-201).

²³¹ A Teoria de Negociação desenvolvida pela Escola de Negócios de Harvard, que pode ser utilizada com proveito em nossa análise, apresenta o conceito de MAPAN – Melhor Alternativa para um Acordo Negociado. A ideia consiste em que, no caso da presença de acentuado desequilíbrio de poderes ou da posição de barganha muito forte por uma das partes deve-se buscar saídas melhores que o acordo (ZAPPAROLLI, KRÄHENBÜHL, 2012: 70), como aqui, por exemplo, seria o caso das decisões judiciais favoráveis aos segurados.

O efetivo consenso enseja um tipo de acordo que seja mais do que um simples “termo de adesão”, proposto vertical e unilateralmente pelo Poder Público²³² (PALMA, 2014: 167), no caso o INSS.

Inexistindo avanço nesse parâmetro, a redução dos valores creditados aos segurados e pensionistas, quando da realização de conciliação judicial, seria uma espécie de “calote” chancelado pelo Poder Judiciário (VAZ, 2012: 39), o que de modo algum é aceitável, pois os segurados aceitam os acordos premidos pela necessidade financeira urgente (BATISTA, 2014: 126-127). A redução dos valores em tentativas de acordo com o INSS somente seria aceitável, à luz dos direitos fundamentais, no caso de haver algum grau razoável de controvérsia, como em relação à data do início de incapacidade laboral nas discussões sobre benefícios por incapacidade (aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença).

Além do aspecto das conciliações judiciais em matéria previdenciária redundarem em negócios jurídicos praticados em estado de necessidade, e, portanto, anuláveis, estes acordos devem ser protegidos de modo ainda mais rigoroso, pois se trata de disputa em torno de direitos fundamentais sociais²³³ (BATISTA, 2014: 127-129).

Embora Procuradores do INSS apresentem a queixa de que não possuam autonomia para celebrar livremente seus acordos, estando submetidos a orientações hierárquicas, a percepção de magistrados que atuam nas conciliações em ações previdenciárias indica que ocorre uma barganha de direitos ou “mercado de desconto de direitos”, inexistindo margem de negociação – a parte adere ao acordo, formulado em termos de propostas-padrão, sem poder questionar seus termos (CJF, 2012: 136-139).

²³² Nesse sentido, o PLS 517/2011, já abordado anteriormente, é alvo de crítica, pois em relação à Administração Pública, permite a mediação para solução de seus litígios (e aqui parece haver confusão conceitual com a conciliação) somente nas hipóteses em que existam atos normativos ou pareceres normativos inequívocos, utilizando a metodologia da “proposta pronta”, à qual os particulares podem somente aderir ou não, sem poder de barganha. Esse sistema, acreditamos, não é o mais adequado, conforme tudo que vimos expondo ao longo desse trabalho, e possivelmente não permitirá redução de litigiosidade no campo previdenciário.

²³³ Nas propostas de conciliação em torno de direitos previdenciários o segurado é lesado em dobro: primeiro na negativa de concessão do benefício, na via administrativa; em segundo lugar, na redução dos valores devidos a título de atrasados (BATISTA, 2014: 129-133).

As conciliações se caracterizam, no campo teórico consolidado das ADRs, como recíprocas concessões das partes, de modo que, cada uma cedendo em relação a uma parcela do seu direito chegue-se ao fim do conflito. Porém, nas conciliações realizadas nas ações previdenciárias o risco marginal (prejuízos) recai unilateralmente sobre um dos lados do conflito, tornando-se financeiramente mais vantajosa a solução adjudicada. Tal prática da Administração de resistir indevidamente às pretensões, forçar o ingresso judicial e, após, beneficiar-se de acordos financeiros, afronta a moralidade e a boa-fé administrativas. Trata-se de uma *negociação assimétrica* e não de uma verdadeira transação (VAZ, 2012: 33, 36-37; VAZ, 2014: 351).

Aqui se verifica a ocorrência do *paradoxo de eficiência*: quanto mais eficiente e ágil trabalhar a unidade jurisdicional, menor será a probabilidade de a parte-autora optar por uma solução consensual, normalmente pautada por expressiva redução dos valores relativos à integralidade do direito a receber (VAZ, 2012: 37).

Também consideramos problemática a prática, comum por parte da AGU, de embutir nas propostas de acordo em matéria de conciliação previdenciária, cláusulas obstativas do direito do segurado voltar a procurar o Poder Judiciário a respeito do mesmo benefício (LADENTHIN, 2014: 73), pois não se pode renunciar a direitos fundamentais futuros, conforme visto no tópico referente às características jurídicas dos direitos fundamentais.

A análise dos diversos sistemas norte-americanos de ADRs, efetuada em tópico anterior, revela que o conhecimento das partes a respeito dos direitos que estão em disputa é bastante relevante para a boa execução desses mecanismos consensuais de resolução de conflitos. Há, inclusive, mecanismos de balanceamento/nivelamento do conhecimento das partes sobre os direitos em disputa antes do início das tentativas de resolução do conflito.

No Brasil, verifica-se muita oscilação jurisprudencial em matéria previdenciária, *vertical e horizontalmente*, isto é, considerando-se os Tribunais Superiores entre si; destes em relação às cortes inferiores; internamente às cortes inferiores e também tomando em conta a instância de origem, comparando os julgadores isoladamente. Deste

modo, o leigo e mesmo o profissional não sabe ao certo o que é efetivamente decidido pelas instâncias judiciais em matéria previdenciária.

Esta dificuldade enseja a necessidade de um facilitador, que mostre às partes o real estado da arte (o entendimento jurisprudencial prevalecente), sob pena de se agravar ainda mais as assimetrias existentes (SOUZA, 2014: 199-200) entre as partes do conflito previdenciário.

Além do papel do facilitador ou conciliador, no sentido de informar a orientação jurisprudencial atual/correta aplicável ao caso concreto, outro tipo de medida que enseja *empoderamento* dos segurados em face do litigante habitual (INSS) é a elaboração de reuniões e pautas prévias entre o Poder Judiciário e o INSS, onde se discute a legalidade e pertinência de cláusulas essenciais do acordo, como forma de pagamento, percentuais de desconto, etc (GABBAY, ASPERTI, 2014: 181-182)²³⁴. Assim, o Poder Judiciário acaba representando os interesses dos litigantes ocasionais e minimizando o desequilíbrio de poder em relação aos litigantes habituais (ASPERTI, 2014: 267-268).

De outra parte, deve ser avocado o argumento clássico de OWEN FISS, acima discutido, de que a realização de acordos judiciais suprime a possibilidade de aplicação das normas constitucionais pelo Poder Judiciário, o que impede a evolução normativa. No campo previdenciário essa medida se revela lastimável porque obsta o pronunciamento judicial – que muitas vezes causa impactos saudáveis na produção das políticas públicas – especialmente na agenda que denominamos interpretativa, em particular naquele segmento onde se pretende a ampliação da cobertura de proteção social a através da (re)interpretação constitucional das normas que tratam de direitos previdenciários.

Por fim, ressalto que *a abordagem da resolução do conflito previdenciário à luz dos direitos humanos não permite que a conciliação* - ainda que denominada equivocadamente de mediação pelo sistema judicial – *seja uma etapa/filtro obrigatório à*

²³⁴ Normalmente essas reuniões precedem mutirões ou pautas concentradas onde serão trabalhados processos judiciais visando aos mesmos temas/discussões. Essa agregação informal de pautas temáticas no âmbito da conciliação judicial promovida pela Justiça Federal permite dar certo tratamento gerencial à litigância (inúmeros processos discutindo o mesmo tema, ainda que não se trate de ações coletivas); a agregação informal ainda permite melhor visualizar o universo da disputa (ASPERTI, 2014: 262-268).

propositura da ação judicial previdenciária, considerando o nível de assimetrias e condicionamentos que tivemos a oportunidade de abordar há pouco. Este tipo de plataforma consolidaria o modelo meramente acordista e volta à simples redução de acervo judiciário – temas já discutidos anteriormente.

Em relação aos processos judiciais relativos a matéria previdenciária que tramitam na jurisdição estadual, em virtude de delegação de competência, dado seu expressivo volume e custo que representa para aquele segmento do Poder Judiciário, de todo recomendável que os programas de conciliação previdenciária, nos moldes e com as limitações que aqui observamos, sejam estendidos também para aquela esfera. Bem sucedido, um tal programa de gestão processual e de adequado tratamento do conflito previdenciário seja bastante econômico à sociedade.

CONCLUSÕES

Os direitos previdenciários são dotados da qualidade jurídica de direitos fundamentais. Isso decorre do amplo reconhecimento normativo que possuem atualmente, tanto em normas constitucionais como em disposições de Direito Internacional, mas sobretudo pelo fato da estrutura previdenciária estar voltada à cobertura de diversas modalidades de contingências sociais intimamente vinculadas à garantia da dignidade da pessoa humana (doença, idade avançada, proteção à infância e maternidade, ajuda econômica aos desamparados, etc.).

Componentes que são da segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais, os direitos previdenciários são direitos fundamentais sociais, o que lhes imputa diversas características ilustradas especialmente no Capítulo 1 desta pesquisa, como a exigibilidade, a irrenunciabilidade, a complementaridade com os demais direitos fundamentais, inclusive de primeira dimensão.

Os direitos previdenciários são direitos fundamentais exigíveis torna-os, na contemporaneidade, objeto de intensos conflitos, sobretudo porque os tempos sinalizam a desconstrução (econômica) das instituições previdenciárias, seja pelo mote ideológico da plataforma neoliberal ou pelos reais custos econômicos dessa modalidade de intervenção social – os limites intrínsecos e extrínsecos do Estado-Providência.

Outrossim, é necessário lembrar que a Previdência Social brasileira já nasce excludente e conflituosa, pois sempre se destinou a certos grupos profissionais privilegiados, em detrimento da massa da população brasileira, com total exclusão, durante décadas daqueles que se encontravam na informalidade, dos trabalhadores domésticos e dos trabalhadores rurais. Quadro revertido plenamente apenas com o advento da atual ordem constitucional.

O conflito previdenciário, sobretudo no âmbito do sistema judicial, é ampliado, paradoxalmente, por obra de outro direito fundamental/garantia institucional: o direito fundamental de acesso à justiça, que, a partir dos contornos que lhe foram dados pela Constituição Federal de 1988, potencializou o ajuizamento de milhares de ações

judiciais discutindo, questionando e buscando a concessão/revisão de benefícios previdenciários e assistenciais.

O amplo permissivo de acesso à justiça (mais precisamente ao sistema judicial) estabelecido em 1988 ensejou terreno fértil para a multiplicidade de ações judiciais previdenciárias considerado o quadro social narrado acima, consubstanciado em uma estruturação e formação da instituição previdenciária, em nosso país, já excludente e conflitiva.

A disputa político-social acima descrita deve ser compreendida também sob uma perspectiva de conflito hermenêutico em torno das normas jurídicas previdenciárias. O que denominamos conflito previdenciário também possui esse aspecto a respeito de qual a mais adequada interpretação a ser dada à política pública previdenciária estabelecida nas diversas normas jurídicas que cuidam dessa matéria.

Disputa hermenêutica que em certas vezes procura apenas o cumprimento daquilo que já se encontra positivado no ordenamento jurídico (pauta de legalidade) e por outras questiona o próprio sistema jurídico, exigindo a adoção de outras normas jurídicas (pauta interpretativa). Esse último segmento ocorre em virtude de três fatores que podemos identificar: a) a interpretação constitucional dos direitos previdenciários e sua necessária releitura; b) viés economicista dos direitos previdenciários e sua defesa ou refutação; c) revisão de certos elementos da Teoria Geral do Direito, diante de sua inadequação aos direitos previdenciários.

Essas disputas (hermenêutica e político-sociológica) tornam-se mais agudas quando se tem em mente que são travadas por dois atores bastante assimétricos: o INSS e os segurados.

Ao passo em que a autarquia previdenciária é dotada de inúmeras prerrogativas administrativas e processuais, influenciando a própria regulamentação da matéria previdenciária - isso tomado em uma perspectiva de que ainda não se estancaram casos de flagrante abuso ou práticas de ilegalidades – o segurado é parte normalmente dotada de profundas carências econômicas e informacionais, o que afeta em grande medida

o modo como o desenrolar do conflito entre ambas estas partes se desdobra – muitas vezes com grande prejuízo aos direitos fundamentais destes últimos.

O fato de se ter em jogo estes sensíveis direitos fundamentais conduz à necessidade de pesquisa e análise crítica dos eventuais mecanismos de adequada e célere do *conflito previdenciário*, sobretudo por vivenciarmos um cenário atual de grande crise do sistema judicial, tanto em termos de lidar com a plethora de ações judiciais como em termos de efetividade e capacidade institucional para lidar com as questões complexas da modernidade, em particular a difícil e tormentosa seara do controle/intervenção judicial de políticas públicas.

É preciso considerar que atualmente há grande questionamento acerca da jurisdição estatal e seu “monopólio” do papel de resolução de conflitos na sociedade. Há expressivo movimento doutrinário que pugna pela redução do acesso à justiça (acesso ao sistema judicial), considerado excessivamente amplo, através da adoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (ADRs) instituídos como filtros à esfera judicial. Situação resumida na conhecida expressão sobre *substituir a cultura da sentença pela cultura da pacificação*.

Mas esse sistema alternativo que se preconiza não pode ser adotado acriticamente no que se refere ao conflito previdenciário, tratando-se de segmento importante dos direitos fundamentais.

A adoção das ADRs em relação à Fazenda Pública, embora possível, é permeada de condicionamentos específicos. De outra parte, o conflito previdenciário, como dissemos, possui raízes sociológicas bastante delimitadas, dentre elas o papel arbitrário e por vezes ilegal do INSS, assim como o fato de que por vezes se critica ou se busca a impugnação do próprio Direito válido, pleiteando-se sua substituição por outro mais adequado às demandas sociais previdenciárias.

O pouco espaço de participação política em outras esferas (democracia representativa e político-partidária) redundando na prioridade forçosa do sistema judicial como mecanismo de absorção e resolução do conflito previdenciário. Embora se tenha apontado nesta pesquisa as dificuldades da atuação judicial em matéria de políticas públicas, certo é

que essa sua participação não pode ser suprimida ou diminuída sem severos custos à plena garantia da dignidade da pessoa humana, pois os segurados não possuem outros canais para direcionais as suas expectativas normativas em relação aos direitos previdenciários.

Por esses motivos, o ideal para a adequada resolução do conflito previdenciário é um sistema que seja coordenado, não excludente ou concorrencial, entre a solução judicial clássica, os mecanismos alternativos de resolução de disputas, especialmente a conciliação judicial, e, sobretudo, a adoção de um novo perfil para o processo administrativo previdenciário.

Tanto na esfera administrativa como na via judicial coloca-se como padrões gerais para essa metodologia de resolução do conflito previdenciário os seguintes critérios: a) abrangência nacional; b) sistema permanente e não episódico; c) caracterizado por uma gestão democrática – no caso da esfera administrativa; d) gratuito ou de pequeno custo; e) célere; f) dotado de simplicidade de regras ou mesmo informal; g) interdisciplinaridade, e h) capacidade de lidar tanto com as demandas individuais como as demandas de dimensão coletiva.

No campo administrativo, não se vislumbra a necessidade da criação de um novo órgão administrativo, mas apenas a remodelação da forma de trabalho da autarquia previdenciária e do CRPS, reconhecida a possibilidade do atendimento às novas expectativas sociais em matéria previdenciária, ainda que não reconhecidas normativamente, desde que seja possível deduzi-las dos direitos fundamentais já consagrados em normas constitucionais.

A doutrina de Direito Administrativo já ensaia a quebra do padrão tradicional do princípio da legalidade, pois inexiste uma aplicação cega da norma jurídica pelo agente administrativo, sempre havendo a necessidade de algum nível de interpretação jurídica para tanto. Nesse espaço é que se enxerga a possibilidade de uma atuação administrativa previdenciária, sobretudo no âmbito do CRPS – espaço democrático e dotado de legitimidade – em que sejam encampadas novas expectativas sociais em relação aos direitos previdenciários.

O foco aqui seria uma perspectiva construtiva do conflito previdenciário, possibilitando a evolução do modo de proteção social através das queixas movidas pelos usuários do sistema, preferencialmente processadas e admitidas na própria esfera administrativa, com impacto extremamente favorável na redução de litigiosidade.

Não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário quaisquer violações aos direitos previdenciários, seja aquelas que redundam em claro descumprimento do que já está previsto no Direito Positivo (agenda de legalidade previdenciária) ou aquelas que implicam na crítica do próprio direito vigente (agenda interpretativa do conflito previdenciário).

Se é certo que o sistema judicial possui dificuldades intrínsecas ao controle judicial de políticas públicas, igualmente certo é o fato de que pode e deve atuar nessa seara, sobretudo na defesa dos direitos fundamentais e à míngua de outras esferas políticas de expressão dessas pretensões sociais acerca de direitos previdenciários.

No que concerne à conciliação judicial, não se opõe *prima facie* à sua utilização, devendo ser reconhecidos certos condicionamentos à sua prática, sob pena de flagrante violação de direitos fundamentais: a) impossibilidade de que seja um filtro *obrigatório* ao ajuizamento da ação judicial; b) necessidade de que o segurado seja plenamente informado de seus direitos previdenciários e do complexo panorama jurisprudencial respectivo, em tentativa de nivelamento aos prepostos da autarquia previdenciária – papel do juiz conciliador ou mesmos dos serventuários da justiça; c) verificação se, no caso concreto, as medidas judiciais tradicionais (liminares ou antecipação de tutela, p.ex.) não se afiguram como melhor solução para o caso; d) vedação ao estabelecimento de cláusulas abusivas, como descontos excessivos em relação aos valores em atraso ou proibição de, no futuro, voltar a discutir o mesmo benefício previdenciário.

Observados estes parâmetros que propomos, estaremos diante de um sistema coordenado de resolução adequada do conflito previdenciário, propício à evolução do sistema normativo de cobertura previdenciária e conforme aos ditames dos direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA:

ABREU, João Paulo Pirôpo de. **A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos Poderes**. Brasília: Conselho da Justiça Federal – CJF, 2013.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, 2 ed., trad. y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. **A mediação de conflitos em casos concretos**. SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes, SILVA, Paulo Eduardo da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**. São Paulo: Método, 2012.

ALVES, Adler Anaximandro de Cruz e. **A 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**, in Publicações da Escola da AGU: Trabalhos Vencedores do Concurso de Monografias da AGU em 2009-2010 - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Ano IV, n. 15 (fev./2012). Brasília: EAGU, 2012.

AMARAL VIEIRA, R.A. **Intervencionismo e autoritarismo no Brasil**. São Paulo: DIFEL, 1975.

ANFIP – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. **Desoneração da folha de pagamentos: oportunidade ou ameaça?** Brasília: ANFIP, 2012.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**, 11 ed., São Paulo: Cortez, 2006.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **A agregação informal de demandas repetitivas na conciliação judicial: pautas concentradas e mutirões**. GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/PNUD, 2009.

Desafios de acesso à justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional. PELUSO, Antonio Cezar; RICHA,

Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AZEVEDO AMARAL. **O Estado Autoritário e a realidade nacional**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Técnicas de mediação para magistrados**. PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BACHUR, João Paulo. **Conflito, procedimento e os novos movimentos sociais – uma perspectiva a partir da teoria de sistemas de Niklas Luhmann**. 6º Encontro da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política (29.01 a 01.08.2008). Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, 2008.

BALERA, Wagner; RAEFFRAY, Ana Paula. **Processo Previdenciário – teoria e prática**. São Paulo: Conceito, 2012.

BANKOWSKI, Zenon. **No espaço do julgamento: a ansiedade do confronto**. MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e Interpretação – racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Marcelo. **Direitos Previdenciários Expectados – a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

BATISTA, Flávio Roberto. **Crítica da tecnologia dos direitos sociais**. São Paulo: Outras Expressões, 2013.

_____ **Questões problemáticas sobre a transação com o INSS nos Juizados Especiais Federais: eficiência administrativa e acesso à justiça**. SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coord.). **Juizados Especiais Federais – reflexões após dez anos de sua instalação**, 2 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2014.

BENETI, Sidnei. **Notas sobre a adequação da arbitragem a questões de Direito Público na atualidade**. SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro – homenagem ao prof. Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado Especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual**, 2 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2014.

_____ **Previdência Rural – inclusão social**, 2 ed., Curitiba: Juruá, 2010.

BEZERRA, David de Medeiros; TARTUCE, Fernanda. **Acesso à justiça previdenciária do autor sem advogado: duelo equilibrado?** SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO,

Denis (coord.). **Juizados Especiais Federais – reflexões após dez anos de sua instalação**, 2 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013.

BORCEZI, Adriana; SILVA JR., Edison Dutra da. **A Lei nº 12.873/2013 e seus reflexos no salário-maternidade**. Revista Brasileira de Direito Previdenciário, ano IV, n. 21, junho-julho/2014. Porto Alegre: Magister, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **Meditações pascalianas**; trad. Sergio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BORGETTO, Michel, LAFORE, Robert. **Droit de l'aide et de l'action sociales**, 6 ed., Paris: Montchrestien, 2006.

BORZUTSKY, Silvia. **Políticas y reformas de la Seguridad Social**. MESA-LAGO, Carmelo (coord.). **La crisis de la Seguridad Social y la atención a la salud**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. **Advocacia-Geral da União: órgão de defesa dos direitos fundamentais e aplicador da nova hermenêutica constitucional**, in Publicações da Escola da AGU: Trabalhos Vencedores do Concurso de Monografias da AGU em 2009-2010 - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Ano IV, n. 15 (fev./2012). Brasília: EAGU, 2012.

BRAIT, Tiago Valero. **O fator psicológico como forma de obtenção da aposentadoria especial**. Revista Síntese de Direito Previdenciário, nº 61, ano 13, julho-agosto/2014. São Paulo: Síntese, 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 91, de 07.04.2010**. Relator Senador Paulo Paim. Extraído do sítio: www.senado.gov.br, acessado em 24.04.2013.

BRAUDEL, Fernand. **A longa duração**. Revista de História, nº 62, abril-junho 1965, vol. XXX, ano XVI, p. 261-294. 1965

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Movimento pela conciliação: um breve histórico**. PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAETANO COSTA, José Ricardo. **A penosidade dos bancários - meio ambiente e saúde do bancário: uma amostra da penosidade e da gravosidade nas relações e**

condições de trabalho, in CAETANO COSTA, José Ricardo. **Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Subsídios ao Trabalho Social**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013.

_____ **Perícia biopsicossocial – a quebra de paradigma na perícia médica: da concepção biomédica à concepção biopsicossocial**, in CAETANO COSTA, José Ricardo. **Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Subsídios ao Trabalho Social**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013a.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. **Orçamento da Seguridade Social e efetividade dos direitos sociais**, Curitiba: Juruá, 2009.

CALMON, Eliana. **Conciliação judicial na Justiça Federal**. PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CANELA JR., Osvaldo. **O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 4^a ed., Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro (cord.). **Accès a la justice et État-Providence**. Paris: Economica, 1984.

_____ **Processo, ideologias e sociedade**, vol. I. trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

_____ **Processo, ideologias e sociedade**, vol. II. trad. Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2010.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**, 9^a ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CARVALHO FILHO, Celecino de. **Tendências dos sistemas de Previdência Social na América do Sul**. MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (coord.). **Introdução ao direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 1998.

CASTRO, Priscila Gonçalves de. **Direitos Humanos de Seguridade Social – uma garantia ao estrangeiro**. São Paulo: LTr, 2014.

CEDENHO, Antonio Carlos. **Diretrizes constitucionais da Assistência Social**. São Paulo: Verbatim, 2012.

CEZAR, Kátia Regina. **Pessoas com deficiência intelectual: inclusão trabalhista – Lei de Cotas**. São Paulo: LTr, 2012.

CHAMON, Omar. **Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais**. SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coord.). **Juizados Especiais Federais – reflexões após dez anos de sua instalação**, 2 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2014.

CJF – Conselho da Justiça Federal. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais federais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**, in Revista dos Tribunais, Ano 86, v. 737, março-1997, pp. 11-22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____ **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 4ª ed., rev. e atual.; São Paulo: Saraiva, 2005.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Competência delegada – impacto nas ações dos Tribunais Estaduais**. Brasília: CNJ, 2013.

_____ **100 Maiores litigantes (2012)**. Brasília: CNJ, 2012.

_____ **Justiça em Números 2012**. Brasília: CNJ, 2012a.

_____ **Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 a 2009**. Brasília: CNJ, 2011.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais**, in CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; BARÇA CORREIA, Érica Paula (coord.). **Direito Previdenciário e Constituição – Homenagem a Wladimir Novaes Martinez**. São Paulo: LTr, 2004.

_____ **Por uma metodologia dos Direitos Humanos – Uma análise na perspectiva dos Direitos Sociais**. Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, v. 2, n. 4, jul./dez., 2007.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barça. **Curso de Direito da Seguridade Social**, 5 ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010.

CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. **Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial. Criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DABIN, Jean. **La philosophie de l'ordre juridique positif**. Paris: Sirey, 1929.

DAHL, Robert A. **A moderna análise política**. Rio de Janeiro: Lidaador, 1970.

DAVI, Kaline Ferreira. **Modos alternativos de um contencioso não jurisdiccional e o papel a ser desempenhado por uma Advocacia-Geral da União cidadã**, in Publicações da Escola da AGU: Trabalhos Vencedores do Concurso de Monografias da AGU em 2009-2010 - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Ano IV, n. 15 (fev./2012). Brasília: EAGU, 2012.

DE GIORGI, Alessandro. **El gobierno de la excedencia – postfordismo y control de la multitud**. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006a.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DEMO, Pedro. **Previdência e Política Social**, in: LEITE, Celso Barroso (org.). **Um século de Previdência Social – balanço e perspectivas no Brasil e no mundo**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

_____. **Cidadania Tutelada e Cidadania Assistida**. Campinas: Autores Associados, 1995.

DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict – constructive and destructive processes**. New Haven: Yale University Press, 1973.

DIMOULIS, Dimitri. **Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico**. MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e Interpretação – racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUARTE, Ricardo César. **Reflexões sobre o alcance e os limites da justiça judiciária: uma crítica à expansão da agenda do Poder Judiciário e sua proposta de institucionalização dos meios alternativos de resolução de conflitos**. FREITAS JR., Antonio Rodrigues de; SERAU JR., Marco Aurélio (coord.). **Mediação e direitos humanos – temas atuais e polêmicos**. São Paulo: LTr, 2014.

ESQUIROL, Jorge L. **O direito fracassado da América Latina**. MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e Interpretação – racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. **Jurisdição, incerteza e Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo, v. 243, São Paulo: Atlas, 2006.

FALEK, Diego. **Um passo adiante para resolver problemas complexos: desenho de sistemas de disputa**. SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes, SILVA, Paulo Eduardo da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**. São Paulo: Método, 2012.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**, 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **A definição do interesse público**. SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público – o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERRARO, Suzani Andrade. **O ativismo judicial como instrumento de interpretação e efetivação do Direito Previdenciário como direito fundamental social**. Revista Brasileira de Direito Previdenciário, ano IV, n. 21, junho-julho/2014. Porto Alegre: Magister, 2014.

FERRAZ, Leslie Shérída. **A conciliação nos Juizados Especiais Cíveis: uma análise empírica**. SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro – homenagem ao prof. Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERRAZ, André Luis Naves Silva. **Defensoria Pública e os mecanismos alternativos de solução de controvérsias**. GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, linguagem e interpretação**. MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e Interpretação – racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, William Santos. **Prova pericial nos Juizados Especiais Federais: acesso à justiça e modelos de operacionalização do Direito Constitucional à prova**. SERAU JR.,

Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coord.). **Juizados Especiais Federais – reflexões após dez anos de sua instalação**, 2 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As Agências Reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim? A negociação de acordos sem concessões**, 2ª edição, revista e ampliada. Trad.: Vera Ribeiro, Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: IMAGO, 1994.

FISS, Owen. **Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. SALLES, Carlos Alberto de (coord. da trad.); SILVA, Daniel Porto Godinho da; RÓS, Melina de Medeiros (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FLORES, Joaquín Herrera. **16 premisas de una teoría crítica del Derecho**. PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FRANÇA, Giselle de Amaro e. **O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias**. São Paulo: LTr, 2011.

FREIRE JR., Américo Bedê. **Por uma leitura constitucionalmente adequada do rol de dependentes previdenciários**. SOUZA, Fábio; SAADI, Jean (coord.). **Previdência e Família – interseções entre o Direito Previdenciário e o Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2012.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Legislação trabalhista e social e o “bóia-fria”**. Revista *Justitia*, ano XXXVIII, 4º trimestre de 1976, vol 95, p. 139-149. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 1976.

FREITAS, Márcio Santos de. **A efetivação do princípio constitucional da eficiência pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e o ajuizamento seletivo**. Revista da PGFN, ano III, número 1, janeiro/junho 2013. Brasília: PGDN, 2013.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**, 3 ed., refundida e aumentada, São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. **Os direitos sociais e a Constituição de 1988: crise econômica e políticas**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Direito do trabalho na era do desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação. São Paulo: LTr, 1999.

_____ **Conflitos intersubjetivos e apropriações sobre o justo.** *Gray paper.* (s.d.).

_____ **Cultura de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz,** p. 509-532, in: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro. Homenagem ao professor Kazuo Watanabe.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____ **Mediação em relações de trabalho no Brasil.** CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça.** Belo Horizonte: Fórum, 2009a.

_____ **O trabalho à procura de um direito: crise econômica, conflitos de classe e proteção social na modernidade.** Revista do Parlamento Paulistano, nº 1, Ano 1, dezembro/2011, p. 158-181. São Paulo: Gráfica da Câmara Municipal de S. Paulo, 2011.

_____ **O trabalho à procura de um direito: crise econômica, conflitos de classe e proteção social na Modernidade.** Revista de Estudos Avançados da USP, nº 81. São Paulo: USP, 2014.

_____ MERINO, Lucyla Tellez. **Horizontes para o direito numa sociedade em mudança: dilemas da ALCA, Impasses do Mercosul e Crise do Estado-Nação como círculo retroalimentador.** São Paulo: LTr, 2004.

FRIEDMAN, Lawrence M. **Réclamations, contestations et litiges et l'Etat-Providence de nos jours.** CAPPELLETTI, Mauro (cord.). **Accès a la justice et État-Providence.** Paris: Economica, 1984.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** São Paulo: Dialética, 2002.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos.** Tese de Doutorado apresentada à FADUSP, 2011.

_____; CUNHA, Luciana Gross (org.). **Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ **O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas de conflitos de interesse público.** Série Pensando o Direito, nº 38/2010. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

_____; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Acesso à justiça por meio da mediação e da conciliação no Judiciário: desenho de solução de disputas na**

Justiça Federal. SERAU JR., Marco Aurélio; AGOSTINHO, Theodoro Vicente (coords.).

A seguridade social nos 25 anos da Constituição. São Paulo: LTr, Juruá, 2014.

GALANTER, Marc. **Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change.** Law and society Review, vol. 9, n. 2, 1975, p. 93-160, 1975.

_____. **La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux.** CAPPELLETTI, Mauro (cord.). **Accès a la justice et État-Providence.** Paris: Economica, 1984.

GARCIA, Silvio Marques. **A solução de demandas previdenciárias nos Juizados Especiais Federais por meio da conciliação.** SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coord.). **Juizados Especiais Federais – reflexões após dez anos de sua instalação,** 2 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2014.

_____.; PEREIRA NETO, Juliana Presotto. **A equiparação urbano-rural nos 25 anos da Constituição.** SERAU JR., Marco Aurélio; AGOSTINHO, Theodoro Vicente (coords.). **A seguridade social nos 25 anos da Constituição.** São Paulo: LTr, Juruá, 2014.

GÉNY, Francisco. **Derecho Privado Positivo.** Madrid: Editorial Reus, 1925.

GOMES, Orlando. **Procedimento jurídico do Estado intervencionista.** Revista dos Tribunais. São Paulo. a. 64, dez. 1975, v. 482, p. 11-17. 1975.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Função interpretativa e hermenêutica da cordialidade: alternativas descritivas da diferenciação do direito no Brasil.** MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e Interpretação – racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GNATA, Noa Piatã Bassfeld. **A solidariedade social previdenciária nos 25 anos da Constituição de 1988.** SERAU JR., Marco Aurélio; AGOSTINHO, Theodoro Vicente (coords.). **A seguridade social nos 25 anos da Constituição.** São Paulo: LTr, Juruá, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário,** in: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro. Homenagem ao professor Kazuo Watanabe.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **O processo: estudos e pareceres,** 2 ed, rev. e ampl., São Paulo: DPJ, 2009a.

GUIBENTIF, Pierre. **Direitos sociais** (verbete), in ARNAUD, André-Jean & JUNQUEIRA, Eliane Botelho (org.). **Dicionário da Globalização,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.
- HART, Herbert L.A. **Direito, Liberdade, Moralidade**, trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1987.
- HELLMANN, Kai-Uwe. **Protesto: teoria dos sistemas e movimentos sociais**, *mimeo* (s/d).
- HUNTINGTON, Samuel P. **A ordem política nas sociedades em mudança.** São Paulo: Editora da USP, 1975.
- HUTEAU, Gilles. **Sécurité sociale et politiques sociales**, 3 ed., Paris: Armand Colin, 2001.
- ISUANI, Ernesto A.. **Seguridad Social y Asistencia Pública.** MESA-LAGO, Carmelo (coord.). **La crisis de la Seguridad Social y la atención a la salud.** México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- JAGUARIBE, Hélio. **Sociedade e política – um estudo sobre a atualidade brasileira.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.
- JARDIM, Maria A. Chaves. **Entre a solidariedade e o risco – sindicatos e fundos de pensão em tempos de governo Lula.** São Paulo: Annablume, FAPESP, 2009.
- _____ **A crise financeira de 2008: os discursos e as estratégias do Governo e dos fundos de pensão.** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 56, nº 4, 2013, PP. 901 a 941.
- _____ **A criação dos fundos de pensão para servidores públicos federais no Brasil.** Apresentado no 38º Encontro Anual da ANPOCS, 27 a 31.10.2014. Caxambu, Minas Gerais.
- KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O processo administrativo na previdência social.** São Paulo: Atlas, 2012.
- LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **O indispensável papel do advogado nos Juizados Especiais Federais.** SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coord.). **Juizados Especiais Federais – reflexões após dez anos de sua instalação**, 2 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2014.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 5 ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.
- LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEITÃO André Studart. **Teoria geral da filiação previdenciária – controvérsias sobre a filiação obrigatória e a filiação facultativa.** São Paulo: Conceito, 2012.

LEITE, Celso Barroso (org.). **Um século de Previdência Social – balanço e perspectivas no Brasil e no mundo.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

_____ **A crise da Previdência Social.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

LESSNAU, Fabio Alessandro Fressato. **Efetivação de direitos no Estado de Bem-Estar Social. Direito ao salário-maternidade às indígenas menores de dezesseis anos.** Revista Síntese de Direito Previdenciário, 60, maio-junho/2014. São Paulo: Síntese, 2014.

LIMA LOPES, José Reinaldo. **A definição do interesse público.** SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público – o processo como instrumento de defesa social.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. **“Sistema multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada.** SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes, SILVA, Paulo Eduardo da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem.** São Paulo: Método, 2012.

_____ **A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias.** SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro – homenagem ao prof. Kazuo Watanabe.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: origen, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta.** PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Petrópolis: Vozes, 2009.

_____ **El derecho de la sociedad.** Jkjk

_____ **La sociedad de la sociedad.** Ciudad de México: Herder, 2007.

_____ **Teoría política en el Estado de Bienestar.** Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad, 2007.

_____ **Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna.** Barcelona: Paidós, 1997.

_____ **Poder.** Trad. Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

_____ **Sistemas sociales – lineamentos para uma teoría general.** Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

LUIISO, Francesco P. **Presente e futuro della concililazione in Italia.** YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ, 2005.

MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Apresentação**, in, **Direito e Interpretação – racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **O uso criativo dos paradoxos do Direito: a aplicação dos princípios gerais do Direito pela Corte de Justiça Européia.** ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea.** Curitiba: JM Editora, 1997.

MAIA, Eliana Rita Resende. **A litigiosidade contida e a litigiosidade exacerbada nos Juizados Especiais Federais Cíveis.** Revista do TRF3 – ano XXIV – n. 116, p. 57-67, jan/mar.2013. São Paulo: Gráfica do TRF3. 2013.

MALLOY, James M. **Statecraft, Política y crisis de la Seguridad Social – una comparación de Ila América Latina y los Estados Unidos.** MESA-LAGO, Carmelo (coord.). **La crisis de la Seguridad Social y la atención a la salud.** México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

_____ **Política de previdência social no Brasil.** São Paulo: Graal, 1979.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, dez.2012, p. 135-176.

_____ **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____ **A resolução dos conflitos e a função judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZONETTO, Nathalia. **Novos (e adequados) rumos da Administração Pública na resolução de conflitos.** GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

McCANN, Michael W. **Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos “usuários”.** Revista da EMARF. Rio de Janeiro, dez. 2010, pp. 175-196, 2010.

MELLO DIAS, José Carlos de. **A mediação vista como forma de pacificação de conflitos**. SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro – homenagem ao prof. Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MERINO, Lucyla Tellez. **Reflexões sobre os impactos do trabalho precarizado na Seguridade Social**. SERAU JR., Marco Aurélio; AGOSTINHO, Theodoro Vicente (coords.). **A seguridade social nos 25 anos da Constituição**. São Paulo: LTr, Juruá, 2014.

MESA-LAGO, Carmelo. **La reforma de pensiones en América Latina. Modelos y características, mitos y desempeños, y lecciones**. MESA-LAGO, Carmelo. HUJO, Katja. NITSCH, Manfred (editores). **? Públicos o privados? Los sistemas de pensiones en América Latina después de dos décadas de reformas**. Caracas: Nueva Sociedad, 2004.

_____; MÜLLER, Katharina. **La política de la reforma de pensiones en América Latina**. MESA-LAGO, Carmelo. HUJO, Katja. NITSCH, Manfred (editores). **? Públicos o privados? Los sistemas de pensiones en América Latina después de dos décadas de reformas**. Caracas: Nueva Sociedad, 2004.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Brasil. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos. Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais**. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

MIRANDA ROSA, F.A. de, CÂNDIDO, Odila D. de Alagão. **Jurisprudência e mudança social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.

MORAES, Vânia Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição**. Brasília: CJF, 2012.

_____. **Demandas repetitivas contra a Administração Pública: necessidade da existência de um direito processual público fundamentado na Constituição Federal**. in, **Seminário Demandas repetitivas na Justiça Federal: possíveis soluções processuais e gerenciais – Série Cadernos do CEJ nº 29**. Brasília: CJF, 2013.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Seguridade Social e sociologia**, in: LEITE, Celso Barroso (org.). **Um século de Previdência Social – balanço e perspectivas no Brasil e no mundo**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

MORENO ORTIZ, Luis Javier. **Acceso a la justicia**. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2000.

- MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MOURA, Margarida Maria. **Liberdade e igualdade: reflexões sobre campesinato sertanejo e política**. Cadernos CERU (Centro de Estudos Rurais e Urbanos), n. 03 – Série II, 1991. São Paulo: CERU, 1991.
- NEVES, Ilídio das. **A Segurança Social Portuguesa – problemas, realidades e perspectivas**. Lisboa: ISPI, 1993.
- NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. **Estrutura e função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann**. ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997.
- NITSCH, Manfred. **Reflexiones finales**. MESA-LAGO, Carmelo. HUJO, Katja. NITSCH, Manfred (editores). **? Públicos o privados? Los sistemas de pensiones en América Latina después de dos décadas de reformas**. Caracas: Nueva Sociedad, 2004.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.
- OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- _____. **Capitalismo Desorganizado**. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- _____. **New Social Movements: Challenging the boundaries of institutional politics**. *Social Research* 52, no. 4: 817-68, 1985.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial**. GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- PASSOS, Fábio Luiz dos. **Previdência Social e Sociedade Pós-Industrial**. Curitiba: Juruá, 2013.
- PENALVA, Janaína Lima. **Demandas repetitivas: soluções processuais ou gerenciais? in, Seminário Demandas repetitivas na Justiça Federal: possíveis soluções processuais e gerenciais – Série Cadernos do CEJ nº 29**. Brasília: CJF, 2013.
- PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni Maria (org.). **Mediazione e Conciliazione. Diritto Interno, Comparato e Internazionale**. Milão: CEDAM, 2011.
- PERETTI-WATEL, Patrick. **Sociologie du risque**. Paris: Armand Collin, 2000.
- PETIAN, Angélica. **Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direitos**. São Paulo: Malheiros, 2011.

PEZZI, Eder Maurício. **Desenvolvimento do Estado e eficiência: novos horizontes na atuação da Advocacia Pública**, in Publicações da Escola da AGU: Trabalhos Vencedores do Concurso de Monografias da AGU em 2009-2010 - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Ano IV, n. 15 (fev./2012). Brasília: EAGU, 2012.

PRADO, Antonio. **A controvérsia da crise do fordismo e a transição pós-fordista: algumas reflexões sobre o caso brasileiro**, in EMPREGO e desenvolvimento tecnológico: processos de integração regional. São Paulo: DIEESE, 1999.

QUEIROZ, Antônio Augusto de. **O Congresso mais conservador desde a redemocratização**. Le Monde Diplomatique Brasil, novembro/2014. São Paulo: Instituto Pólis, 2014.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006a.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RICHA, Morgana de Almeida. **Evolução da semana nacional de conciliação como consolidação de um movimento nacional permanente na Justiça Brasileira**. PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. **Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito dos cônjuges e dos companheiros ao benefício de pensão por morte no Regime Geral**. SOUZA, Fábio; SAADI, Jean (coord.). **Previdência e Família – interseções entre o Direito Previdenciário e o Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSANVALLON, Pierre. **La nueva cuestión social – repensar El Estado Providencia**. Buenos Aires: Manantial, 2011.

_____. **A crise do Estado-Providência**. Goiânia: Editora da UnB, 1997.

SADEK, Maria Teresa. **Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____ **Juizados Especiais: um novo paradigma.** SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro – homenagem ao prof. Kazuo Watanabe.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em Contratos Administrativos.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____ **Processo civil de interesse público.** SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público – o processo como instrumento de defesa social.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____ **Ação civil pública contra omissões do Poder Público: limites e possibilidades.** SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público – o processo como instrumento de defesa social.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a.

_____ **Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil.** SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro – homenagem ao prof. Kazuo Watanabe.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____ **A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias.** GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3ª ed., São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O Princípio da seletividade das prestações de Seguridade Social.** São Paulo: LTr: 2003.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal.** Rio de Janeiro: Record, 2000.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Poder e política – crônica do autoritarismo brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

_____ **Cidadania e justiça.** Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais,** 4 ed., rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário.** Curitiba: Juruá, 2008.

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

_____ **Direito Processual Previdenciário,** 5 edição. Curitiba: Alteridade, 2014.

SCHEINGOLD, Stuart. **The politics of rights. Lawyers, public policy and political change.** Michigan Press, 2004.

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro,** 2 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1982.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Judicialização de políticas públicas: uma introdução à temática do controle judicial sobre as respostas dos poderes públicos às demandas sociais.** SCHWARZ, Rodrigo Garcia (org.). **Direito Administrativo Contemporâneo. Administração Pública, Justiça e Cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____ **Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado Democrático de Direito.** São Paulo: LTr, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERAU JR., Marco Aurélio. **Economia e Seguridade Social – análise econômica do Direito – Seguridade Social,** 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2012.

_____ **Seguridade Social como direito fundamental material,** 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2011.

_____ **Desaposentação – novas perspectivas teóricas e práticas,** 2ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____ **Análise do caso “Cinco pensionistas vs. Peru”, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Nº 12.034.** Revista Jurídica UCES, nº 14, p. 114-126. Buenos Aires: UCES, 2010.

_____ **Salário-maternidade: os avanços da Lei 12.873/13 e os progressos ainda por conquistar.** Revista Juris Plenum Previdenciária, nº 07, ago/out. 2014. Caxias do Sul: Plenum, 2014.

_____ **Apontamentos críticos às conciliações judiciais realizadas em ações previdenciárias.** GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2014a.

A barganha do intangível - ensaio sobre a incidência de limitações típicas de direitos fundamentais nos processos de mediação de conflitos.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de; SERAU JR., Marco Aurélio (coord.). **Mediação e direitos humanos – temas atuais e polêmicos.** São Paulo: LTr, 2014b.

SILVA, Danny Monteiro da. **Reflexos processuais das dispensas normativas de impugnação da Fazenda Nacional no contencioso judicial tributário.** Revista da PGFN, ano III, número 1, janeiro/junho 2013. Brasília: PGDN, 2013.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais.** São Paulo: Saraiva, 2010.

Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes, SILVA, Paulo Eduardo da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem.** São Paulo: Método, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Ponderação e objetividade na interpretação constitucional.** MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e Interpretação – racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Fábio. **Interseções entre o Direito Previdenciário e o Direito de Família: alguns reflexos na análise dos dependentes.** SOUZA, Fábio; SAADI, Jean (coord.). **Previdência e Família – interseções entre o Direito Previdenciário e o Direito de Família.** Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz.** GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. **É possível a mediação de conflitos em sede de tribunais de contas?** GONÇALVES DA SILVA, Luciana Aboim Machado (org.). **Mediação de conflitos.** São Paulo: Atlas, 2013.

SPATOLA, Paola. **Servicio universal de la seguridad social.** Cuadernos de EPOCA, Serie Servicios Publicos 1, Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (org.) **A Resolução nº 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e o mediador na sua efetivação.** Curitiba: Multideia Editora, 2013.

STRUCHINER, Noel. **Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir.** MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada

(orgs.). **Direito e Interpretação – racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAMBURI, Giovanni. **La Seguridad Social en la América Latina: tendencias y perspectivas**. MESA-LAGO, Carmelo (coord.). **La crisis de la Seguridad Social y la atención a la salud**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos cíveis**. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?** SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes, SILVA, Paulo Eduardo da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**. São Paulo: Método, 2012.

TAWIL, Guido Santiago. **Sobre el futuro del procedimiento administrativo**. São Paulo: Malheiros. Revista Trimestral de Direito Público, n. 56, 2011.

TRICHES, Alexandre Schumacher. **Processo administrativo previdenciário de benefício: uma análise de seu desenvolvimento e sugestões acerca de sua melhor operacionalização**. Dissertação de Mestrado apresentada à PUC/SP, 2012.

_____.; MAUSS, Adriano. **Processo administrativo previdenciário – prática para um processo de benefício eficiente**. Caxias do Sul: Plenum, 2014.

TOURAINE, Alain. **An Introduction to the Study of New Social Movements**. *Social Research* 52, no. 4: 749-87, 1985.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VALLESPÍN, Fernando. Introdução e apresentação, p. 09-28. (in) LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007.

VAZ. Paulo Afonso Brum. **Tutela antecipada na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Tutela jurisdicional da Seguridade Social**. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre, a. 22, n. 79, p. 53-79, 2011.

_____. **Conciliações nos conflitos sobre direitos da Seguridade Social**. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre, a. 23, n. 80, p. 29-40, 2012.

_____. **O microssistema dos Juizados Especiais Federais Cíveis (JEFS) e a reafirmação do modelo de justiça consensual pela introdução da fase pré-**

litigiosa autocompositiva nas suas estruturas comunicativas. GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

VÁSQUEZ, Emilio Fernández. **Diccionario de derecho público.** Buenos Aires: Astrea, 1981.

VEZZULA, Juan Carlos. **A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana.**

GONÇALVES DA SILVA, Luciana Aboim Machado (org.). **Mediação de conflitos.** São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA, José Ribas. **O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1988.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Litigiosidade contida (e o contingenciamento da litigiosidade).** SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro – homenagem ao prof. Kazuo Watanabe.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VILLA, Marco Antonio. **A história das Constituições brasileiras – 200 anos de luta contra o arbítrio.** São Paulo: Leya, 2011.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia,** 6ª ed.; Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ZANETI JR., Hermes. **A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia.** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas,** 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. **Procurando entender as partes nos meios de resolução pacífica de conflitos, prevenção e gestão de crises.** SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes, SILVA, Paulo Eduardo da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem.** São Paulo: Método, 2012.

_____; KRÄHENBÜHL, Mônica Coelho. **Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida, prevenção, gestão de crises nos sistemas e suas técnicas.** São Paulo: LTr, 2012.

WALDRICH, Rafael Schmidt. **Previdência Social & Princípio da boa-fé objetiva.** Curitiba: Juruá, 2014.

WATANABE, Kazuo. **Processo civil de interesse público: introdução**. SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público – o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____ **Política pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos conflitos de interesses**. PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. **Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, 3 ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

WILSON, Richard R.. **El efecto de la Seguridad Social en el empleo**. MESA-LAGO, Carmelo (coord.). **La crisis de la Seguridad Social y la atención a la salud**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

WOLKMER, Antonio Carlos; BATISTA, Anne Carolinne. **Direitos humanos e processos de lutas na perspectiva da interculturalidade**. PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.