
PREVIDÊNCIA SOCIAL
EM BUSCA DA JUSTIÇA SOCIAL

Marco Aurélio Serau Jr.

Melissa Folmann

organizadores

PREVIDÊNCIA SOCIAL EM BUSCA DA JUSTIÇA SOCIAL

Homenagem ao

Professor Dr. José Antonio Savaris



LTR[®]



EDITORA LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-001
São Paulo, SP – Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Março, 2015

Versão impressa: LTr 5269.1 — ISBN: 978-85-361-8304-6

Versão digital: LTr 8642.0 — ISBN: 978-85-361-8336-7

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Previdência social : em busca da justiça social / Marco Aurélio Serau Jr., Melissa Folmann, organizadores. -- São Paulo : LTr, 2015.

1. Previdência social - Brasil 2. Previdência social - Leis e legislação - Brasil I. Serau Junior, Marco Aurélio. II. Folmann, Melissa.

15-01514

CDU-34:368.415.6(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Benefícios : Normas administrativas 34:368.415.6(81)
2. Previdência social : Direito previdenciário 34:368.415.6(81)



**Homenagem a
JOSÉ ANTONIO SAVARIS**

Doutor em Direito da Seguridade Social pela Faculdade de Direito de São Paulo (USP).

Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2002). Possui Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1991). Atualmente é Juiz Federal do TRF 4ª Região.

Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Previdenciário e Processual Previdenciário da Escola da Magistratura Federal do Paraná.

Professor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – Mestrado e Doutorado, UNIVALI. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: Seguridade Social, Previdência Social, Hermenêutica, Metodologia Jurídica e Direito Processual Previdenciário.

Sumário

Apresentação.....	11
-------------------	----

PARTE I

JUSTIÇA SOCIAL: ANÁLISE DA SEGURIDADE SOCIAL A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Revisitando o Princípio da Legalidade sob o Paradigma Principiológico Constitucional Previdenciário.....	17
--	----

Alberto Rodrigo Patino Vargas

Constituição e Seguridade Social no Brasil: Recomeço e um Passo Além	25
--	----

Carlos Luiz Strapazzon

Repercussão Geral ARE n. 703550 RG/PR, limitação da conversão da atividade do professor. Reflexo socioeconômico e consequência jurídico-social. O que fazer agora?.....	35
---	----

Cleci Maria Dartora

A Prescrição e a Decadência nos Benefícios do Regime Geral de Previdência Social.....	41
---	----

Daniel Machado da Rocha

O Direito à Seguridade Social na Perspectiva do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e as Decisões do Supremo Tribunal Federal	65
--	----

Elenice Hass de Oliveira Pedroza

A Alta Programada e seus Efeitos no Contrato de Trabalho	73
--	----

Lucyla Tellez Merino

Apuração do Salário de Benefício do Segurado que Exerce Múltiplas Atividades após a Lei n. 9.876, de 1999.....	81
--	----

Hermes Arrais Alencar

O Segurado Especial e o Valor Social do Trabalho	91
--	----

Jane Lúcia Wilhelm Berwanger

O Menor sob Guarda e a Seguridade Social	101
--	-----

Wagner Balera

Segurança Jurídica, Justiça Social e Tratamento Iguatário: Extensão do Adicional Assistencial de 25% a Outros Benefícios Previdenciários	115
--	-----

Wânia Alice Ferreira Lima Campos

PARTE II PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO

Cláusula da proteção Judicial Constitucional – Contornos para uma Jurisdição Efetiva	123
<i>Alexandre Schumacher Triches</i>	
A Análise da Incapacidade Laborativa e o Deferimento de Benefícios Previdenciários. Elementos para um Debate Necessário	129
<i>Fabio Luiz dos Passos</i>	
Aposentadoria da Pessoa com Deficiência: a busca pela efetiva tutela administrativa	139
<i>João Marcelino Soares</i>	
Repensando a Vedação de Pedidos de Uniformização nos Juizados Especiais Federais Quanto a Questões Processuais, Marcadamente, nas Ações Previdenciárias	147
<i>Malcon Robert Lima Gomes</i>	
Aplicação da Teoria dos Motivos Determinantes na Análise de Benefícios: em busca da justiça social no âmbito administrativo	163
<i>Marcelo Barroso Lima Brito de Campos</i>	
Carnaval no Processo Previdenciário: entre arlequins e colombinas – revisitado.....	171
<i>Melissa Folmann</i>	
O Processo Administrativo como Instrumento de Efetivação de Proteção Social.....	175
<i>Miguel Horvath Júnior</i>	
Juizado Especial Federal e Direito Previdenciário: desafios para a realização da justiça social	181
<i>Paulo Afonso Brum Vaz</i>	

PARTE III A INFLUÊNCIA DO ARGUMENTO ECONÔMICO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Acesso à Justiça – no Tocante aos Benefícios Previdenciários nos Juizados Especiais Federais	197
<i>Ana Paula Fernandes</i>	
<i>Paulo Vitor Nazário Sermann</i>	
A Aplicação do Direito Previdenciário: um lugar (in)comum para fazer a frase feita e sentir os efeitos colaterais da pretensão de correção moral em Robert Alexy (o uso de argumentos econômicos e políticos pelos tribunais superiores)	211
<i>Diego Henrique Schuster</i>	
A Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais – Aspectos Controvertidos.....	233
<i>Fábio Zambitte Ibrahim</i>	
Apontamentos Sobre a Teoria do Custo dos Direitos – Críticas ao argumento da reserva do possível e limites à influência do econômico sobre o jurídico na aplicação dos direitos de proteção social....	243
<i>Jair Soares Júnior</i>	
A Microrreforma Previdenciária Introduzida pela Medida Provisória n. 664/2014: Redução da Proteção Social e o Predomínio do Econômico sobre as Normas de Direitos Sociais.	253
<i>Marco Aurélio Serau Junior</i>	
<i>José Ricardo Caetano Costa</i>	

Direitos Fundamentais – da sua Origem aos Desafios de sua Proteção	259
<i>Leonardo Ziccarelli Rodrigues</i>	
A Solidariedade e a Seguridade Social.....	273
<i>Suzani Andrade Ferraro</i>	
Nosso Caixeiro-Viajante: Apontamentos sobre a Expedição de José Antonio Savaris.....	283
<i>Noa Piatã Bassfeld Gnata</i>	

Apresentação

O Direito Previdenciário é segmento do Direito em permanente evolução derivada das profundas e constantes alterações socioeconômicas, culturais, políticas e jurídicas vivenciadas pelo mundo das últimas 4 décadas.

Essa mutação social enseja a necessidade de produção de novos conhecimentos, adaptados e prontos à nova e complexa realidade que se instala. Surgem, assim, de modo salutar, novos paradigmas doutrinários mais precisos a cada novo tempo.

A ciência *jusprevidenciarista*, que conta em seu panteão histórico com nomes de peso como Cesarino Jr., Anníbal Fernandes, Florêncio Paixão e Celso Barroso Leite (apenas para citar alguns que já repousam junto ao Criador), e na atualidade pode aproveitar os ensinamentos de doutrinadores de envergadura como Wladimir Novaes Martinez e Wagner Balera (e aqui nos limitamos a citar apenas nossos decanos), é generosa e franqueia espaço para o surgimento de novos e importantes mestres, forjados academicamente nas dificuldades teóricas impostas ao pensamento jurídico pela modernidade intrincada.

Com esse pano de fundo, a obra consiste em uma justa e merecida homenagem a um dos maiores juristas do Direito Previdenciário contemporâneo, Professor Dr. José Antonio Savaris.

O homenageado é a prova de que a realidade social pode conquistar os abertos de coração, fazer destes seus grandes transformadores e, mais, transmutá-los em fonte de inspiração para toda uma geração de estudiosos. Sim, porque Savaris poderia ter mantido seus estudos e dedicação ao cenário no qual se inseriu na Pontifícia Universidade Católica do Paraná com o foco no tributário, administrativo ou processual, que resultou em sua dissertação de mestrado sobre Pedágio.

Mas o cidadão inquieto e ciente de seu papel na construção da cidadania de outros, bem como da missão conferida por Deus, soube inquietar-se o suficiente para se aventurar em outro ramo do direito que, naqueles idos de 2002, ainda era considerado “o ramo do direito dos pobres e que não despertaria grandes teses, pois de baixa complexidade”, tanto que foi a justificativa para os Juizados Especiais Federais sequer ventilarem regra de competência pela complexidade, mas sim pelo valor da causa, pois a baixa complexidade restara presumida.

Savaris rompeu este silogismo e provou que o direito previdenciário pode e é tão contingente e complexo quanto poderia imaginar Luhmann em sua teoria dos sistemas. O homenageado foi além e inaugurou os cursos de pós-graduação *latu sensu* em direito previdenciário na região Sul ouvindo de muitas a máxima das máximas: “Você é louco? Nem turma você conseguirá para justificar a existência do curso!”

Bem, Savaris não só conseguiu ter o número necessário de alunos, como nesta turma foi fonte de inspiração – diga-se de passagem, sempre um provocador à reflexão e à atuação cidadã de cada um – para que os discentes encabeçados pela Dra. Cleci Maria Dartora resolvessem fundar o Instituto Paranaense de Direito Previdenciário que mais tarde, reimplantaria o IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário.

E como o menino que devolve as estrelas ao mar, porque sabe que para aquela ele fez a diferença, Savaris foi trilhando seu caminho no direito previdenciário.

Sua sensibilidade com a justiça social, lhe permitiu perceber que o direito previdenciário por si só não se concretizaria se bases processuais bolorentas lhe fossem aplicadas, pois sistemas de conflitos privados

divorciavam-se da realidade protegida por este ramo do direito tão neófito para tutelar direito tão primevo na existência humana: verba alimentar.

Assim, Savaris não se conformou com a retórica vazia amparada no princípio do “coitadinho”, não, não se resignou. Pelo contrário, o homenageado construiu a teoria do processo previdenciário e nos colocou a pensar sobre a autonomia deste em cada uma de suas obras e artigos, angariando cada dia mais adeptos e admiradores, bem como críticos. Estes muito bem vindos por sinal, porque são com as críticas que as grandes teorias se desenvolvem e ser tornam sólidas. E, aqui talvez esteja o grande marco de Savaris: o seu poder de argumentar tecnicamente o direito social fugindo de qualquer argumento simplista, de qualquer reducionismo na análise do direito previdenciário. Definitivamente o princípio do “coitadinho” é banido do sistema para a construção de estruturas argumentativas incisivas.

Neste cenário, a despeito de sua juventude, Savaris já produziu uma obra teórica densa e fundamental para os estudos na área da Seguridade Social, com destaque à sua tese de doutorado pela USP “Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista”. Além disso, é de se mencionar sua importante contribuição à judicatura previdenciária, onde milita há muitos anos nos Juizados Especiais Federais na sua cidade de Curitiba, já tendo atuado como membro da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais, dando efetividade a suas elaborações teóricas e inspirando os demais julgadores, estudiosos e advogados que tomam seus arestos como exemplo.

Compreendemos a magnitude da obra do pensador aqui homenageado em três grandes linhas de pesquisa: a) a influência do argumento econômico na construção da decisão judicial, objeto específico de seu Doutorado, bem como a própria metodologia da decisão judicial previdenciária; b) a análise estrutural da Seguridade Social a partir dos direitos fundamentais, algo que não é específico de sua pesquisa, mas se encontra permeando toda sua já sólida construção doutrinária; c) finalmente, e não poderia deixar de ser, o Processo Judicial Previdenciário, campo em que elaborou uma contribuição basilar para seu desenvolvimento e estruturação de contornos científicos próprios, sendo considerado o “pai” do processo previdenciário brasileiro.

E foi assim, que este pensador do direito previdenciário, mas acima de tudo este ser humano, angariou admiradores, tais como os coordenadores desta obra: eu Melissa que tive a honra de ser colega de Savaris no Mestrado da PUCPR, e de poder dizer abertamente que ele é o franco culpado pela minha existência no cenário dos professores e estudiosos do direito previdenciário, pois foi com o homenageado que percebi como havia um ramo do direito que me permitiria fazer muito mais pelo próximo sem perder as minhas raízes tributárias; e eu Marco Aurélio, que, tendo deixado meu primeiro livro sobre Direito Previdenciário em seu Gabinete na Justiça Federal de Curitiba/PR, fui premiado por essa ousadia com um simpático convite para lecionar nos cursos de pós-graduação sob sua coordenação: a coragem do homenageado ao dar oportunidade a um então jovem previdenciarista em início de atividade docente revelou-me seu caráter humano e sua personalidade generosa, opinião reiterada durante sua passagem pela USP, no Doutorado, quando fomos contemporâneos.

Os convidados desta obra de justa homenagem foram distribuídos e encorajados a se aventurar nesses três grandes eixos temáticos, distribuídos nas três partes desta obra: I) Justiça Social: análise da Seguridade Social a partir dos direitos fundamentais; II) Processo Administrativo e Judicial Previdenciário; III) A influência do argumento econômico no Direito Previdenciário.

Para esta obra coletiva, foram chamados a fazer coro nos encômios ao mestre curitibano as mais importantes personalidades do meio jurídico-previdenciário brasileiro: diversos companheiros de jornada no IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, de que é Presidente de Honra; alguns de seus colegas do tempo de pós-graduação da USP, onde durante o período de Doutorado amadureceu importantes premissas teóricas de sua obra, agora já consolidada; colegas de Magistratura, a ilustrar a relevância também jurisprudencial do homenageado; alguns de seus alunos e

orientandos do Mestrado na UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí) e figuras de notório saber, a refletir a já verificável continuidade de sua obra. Sabemos, e aqui queremos deixar consignado para o homenageado, que muitos outros convidados desejaram fortemente colaborar com a obra, mas por razões as mais diversas não puderam.

Aos leitores que manusearem esta obra oferece-se uma dupla perspectiva: ao mesmo tempo em que se têm em mãos uma bela homenagem ao professor curitibano, igualmente uma robusta obra de Direito Previdenciário, em grande parte lastreada e inspirada nos conhecimentos e construções teóricas do homenageado.

Marco Aurélio Serau Jr.

Melissa Folmann

organizadores

Curitiba/S. Paulo, verão de 2015.

PARTE I

JUSTIÇA SOCIAL: ANÁLISE DA
SEGURIDADE SOCIAL A PARTIR DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Revisitando o Princípio da Legalidade sob o Paradigma Principiológico Constitucional Previdenciário

Alberto Rodrigo Patino Vargas^(*)

1. INTRODUÇÃO

Para muitos estudiosos da Administração Pública, o princípio mais importante que rege sua atuação é o denominado princípio da legalidade.

Ao lado de outros princípios que a Administração Pública também deve obediência, verifica-se na prática administrativa previdenciária que o princípio da legalidade tem prevalecido sobre os demais.

Essa valorização excessiva desse princípio, por vezes, pode acarretar situações injustas para os destinatários do direito previdenciário, pois nem sempre a interpretação literal da lei estará atenta com a finalidade pelo qual resultou o surgimento de um benefício previdenciário.

Como operadores do direito previdenciário, sabemos que, nem sempre, a lei é produzida por pessoas detentoras do conhecimento jurídico específico que a matéria previdenciária reclama para sua boa aplicação.

Num ambiente jurídico como o nosso que prima pela busca do acesso à justiça e devido a disparidade de interpretação da lei previdenciária entre o poder executivo e judiciário, torna-se comum o constante fenômeno da judicialização das demandas previdenciárias.

É verdade que a efetivação do acesso à justiça é louvável, mas certamente a judicialização das deman-

das previdenciárias em escala massificada, como se vê e muito nos juizados especiais federais, não é desejável, na medida em que só se prolonga no tempo o momento em que o segurado poderá usufruir de um direito tido como fundamental na lei magna.

Um dos fatores que contribuiriam para uma maior celeridade para a concessão da prestação previdenciária certamente passaria pela melhor aplicação do princípio da legalidade sob o enfoque constitucional ancorada nos princípios específicos do direito previdenciário.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL PREVIDENCIÁRIO

Enuncia o dispositivo inicial da Carta Magna que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.⁽¹⁾

(1) Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

(*) Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania, Professor Universitário e de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito e Processo Previdenciário e Civil, Professor da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, Integrante da Comissão de Direito Previdenciário da OAB-PR, Procurador Federal.

O Estado Democrático de Direito é aquele concebido e subordinado à vontade popular tanto é que nos seus incisos elenca fundamentos que demonstram a sua vocação de inclusão do ser humano no seio da proteção a ser conferida pelo Estado.

Uma das formas de proteção e amparo para com o ser humano decorrerá certamente através da concessão de benefício previdenciários por parte do Estado. Afinal, a função típica dessas prestações não é outra senão garantir o mínimo existencial dos beneficiários da previdência social.

No Título II da Constituição Federal, há previsão de direitos e garantias fundamentais.

Nosso Estado previu além de direitos também garantias fundamentais. Essa assertiva é de suma importância, pois na hipótese do Estado se omitir em conceder os direitos previstos na lei maior, esse mesmo sistema garante aos seus destinatários os meios necessários para a concretização daqueles direitos previstos no plano abstrato.

O objetivo principal do Estado Democrático de Direito, em última análise, é a concretização desses direitos tidos como fundamentais. E, nesse passo, cumpre anotar que o direito previdenciário está categorizado no art. 6º da Constituição Federal como direito social fundamental.⁽²⁾

A constitucionalização do direito previdenciário como fundamental assume importância ímpar na medida em que, por ostentar essa natureza, deverá observar na sua aplicação os princípios específicos norteadores da matéria previdenciária.

Nessa matéria, é imprescindível compreender o princípio interpretativo de direito fundamental denominado como princípio da eficiência. Para tanto, colacionamos a lição do eminente constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje so-

bretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).⁽³⁾

Assim, cumpre ao aplicador do Direito, encontrar a interpretação que melhor se coadune com o escopo para o qual ele foi criado. Havendo dúvida para o reconhecimento desse direito, deve o seu aplicador conceder. Ora, na medida em que esse direito é tido como fundamental, resulta ser imprescindível para a dignidade da pessoa humana a sua fruição.

Colocadas as premissas constitucionais mínimas, podemos agora tecer considerações acerca do princípio da legalidade.

3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da legalidade pode ser compreendido como aquele que determina que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.⁽⁴⁾

Na lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, é através do princípio da legalidade que “a lei, ao mesmo tempo, em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade”.⁽⁵⁾

O princípio da legalidade também é reputado como fundamental, tanto é que está previsto expressamente no art. 5º, II, da Constituição Federal.⁽⁶⁾

É oportuno lembrar que o princípio da legalidade só foi desenvolvido e aperfeiçoado como uma resposta aos desmandos do absolutismo. Era preciso encontrar uma forma de controlar o poder que estava concentrado nas mãos de uma pessoa

(2) Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(3) CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 1223.

(4) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 68.

(5) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 67.

(6) Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

tão somente. Não havia mecanismos de frenagem daquele exercício de poder.

Somente a partir do advento e aceitação da teoria da tripartição de poderes desenvolvido por Montesquieu, é que o princípio da legalidade ganhou corpo e a dimensão que até hoje ostenta. Tanto é que nossa atual Constituição Federal adotou referida teoria no art. 2º quando previu a separação dos poderes do Estado.⁽⁷⁾

Como é cediço, o Poder do Estado é uno, mas com a adoção da separação de poderes, temos que cada poder previsto na lei maior é responsável por um espectro do exercício do poder.

De modo singelo, ao poder legislativo incumbe abstratamente a criação da lei. Ao poder executivo, compete aplicar a lei criada pelo legislativo. Ao poder judiciário, compete aplicar a lei no caso concreto se devidamente provocado para tanto pelo interessado.

Porém, em que pese a independência de cada um, todos eles devem agir em harmonia na busca do bem comum.

A separação de poderes permite o funcionamento do sistema de freios e contrapesos na medida em que há meios constitucionalmente previstos de controle na atuação excessiva de um poder pelo outro. Esse fenômeno se vê, por exemplo, no chamado controle de constitucionalidade do judiciário sobre os atos do poder legislativo, mas também pode ser visto sobre os atos do poder executivo.

Contudo, ao invés de esperar o controle de constitucionalidade do judiciário sobre os atos da Administração Pública, não seria mais lógico e desejado que esse controle fosse realizado pelo próprio poder executivo? Acreditamos que a resposta é positiva. Para isso, é mister uma nova abordagem do princípio da legalidade que tanto influi nos atos praticados pela Administração Pública.

No sistema *civil law* em que nosso ordenamento jurídico se posicionou, a lei é a fonte do direito mais importante.

Mas, afinal de contas, o que é e qual é essa lei que domina o princípio da legalidade?

Cumpramos esclarecer que não temos a pretensão de discutir a natureza jurídica da lei no mundo normativo.

Assim, podemos dizer que lei é uma regra de conduta. Por ela se enuncia regras gerais, abstratas e impessoais que tem por finalidade regular a vida em sociedade.

A lei abstrata no plano legislativo só ganha destaque quando deve ser aplicada para um caso concreto.

Na seara do direito previdenciário, é interessante demonstrar o processo democrático de formulação e aplicação dessa espécie normativa. Para tanto, podemos utilizar o exemplo da configuração do requisito da baixa renda para fins de concessão do benefício previdenciário de auxílio-reclusão.

Num primeiro momento, ou seja, na fase de criação desse direito, houve atuação do Poder Legislativo na sua função típica legiferante, mediante a edição da EC n. 20-98 que modificou o art. 201, IV, da Constituição Federal. Ela trouxe para o benefício de auxílio-reclusão a necessidade de se comprovar que o segurado recluso é de baixa renda.⁽⁸⁾ A citada EC n. 20-98, em seu art. 13, definiu inicialmente os contornos mínimos caracterizar a chamada baixa renda.

Num segundo momento, agora na atuação do Poder Executivo, o art. 116 do Decreto n. 3.048/1999, denominado Regulamento da Previdência Social, tratou de regulamentar no âmbito da Administração Pública a questão da baixa renda utilizando contornos mais concretos para sua caracterização do que aqueles inicialmente previstos na EC n. 20-98.⁽⁹⁾

Por fim, e com maior grau de especificidade, veio a lume a IN n. 45/2010 que a partir do seu art. 334 previu diversas hipóteses concretas de como

(8) Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

(...)

(9) Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).

(7) Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

apurar o último salário de contribuição a que se referiu o art. 116 do Decreto n. 3.049/1999.⁽¹⁰⁾

Colocada a situação normativa da questão da baixa renda, é imperioso estudar antes sobre o chamado poder regulamentar da Administração Pública.

Para que a Administração Pública possa fazer valer o interesse da coletividade sobre o interesse do particular, é mister que ela tenha poderes que os particulares não detenham.

Como hoje a verdadeira igualdade é aquela que objetiva reduzir as desigualdades existentes em uma sociedade e pelo fato do interesse público prevalecer intuitivamente sobre o interesse privado, resulta que é perfeitamente justificado a existência de prerrogativas para a Administração Pública desde que sua atuação esteja sempre pautada pela busca do bem comum.

O poder regulamentar tem previsão constitucional no art. 84, IV, da Constituição Federal.⁽¹¹⁾

O aludido dispositivo constitucional fala sobre a possibilidade de expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

(10) Art. 334. Quando o efetivo recolhimento à prisão tiver ocorrido a partir de 16 de dezembro de 1998, data da publicação da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, o benefício de auxílio-reclusão será devido desde que o último salário de contribuição do segurado, tomado no seu valor mensal, seja igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), atualizado por Portaria Ministerial, conforme tabela constante no Anexo XXXII.

(...)

§ 2º Quando não houver salário de contribuição na data do efetivo recolhimento à prisão, será devido o auxílio-reclusão, desde que:

I – não tenha havido perda da qualidade de segurado; e

II – o último salário de contribuição, tomado em seu valor mensal, na data da cessação das contribuições ou do afastamento do trabalho seja igual ou inferior aos valores fixados por Portaria Ministerial, conforme Anexo XXXII.

§ 3º Para fins do disposto no inciso II do § 2º deste artigo, a Portaria Ministerial a ser utilizada será a vigente na data da cessação das contribuições ou do afastamento do trabalho.

(...)

§ 6º O segurado que recebe por comissão, sem remuneração fixa, terá considerado como salário de contribuição mensal o valor auferido no mês do efetivo recolhimento à prisão, observado o disposto no § 2º deste artigo.

(11) Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

É intuitivo dizer que cumpre com sua fiel execução todo ato administrativo que não transborde os limites previstos na lei abstratamente prevista pelo poder legislativo. Vale dizer, que não inove a ponto de limitar ou cercear um direito previsto legitimamente segundo o devido processo legislativo.

A abstração da lei editada no poder legislativo decorre da impossibilidade de prever todas as situações concretas que diuturnamente se apresenta para a Administração Pública. Assim, seguindo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, resulta imprescindível que esta tenha a possibilidade de suprir essas omissões de forma a responder concretamente aos anseios dos administrados.⁽¹²⁾

Destarte, temos então que os regulamentos e decretos que tenham por finalidade esmiuçar a fiel execução de uma lei devem atender sempre o objetivo que permeou a criação dessa lei.

Analisada a exata função do poder regulamentar da Administração Pública, cumpre agora perquirir da finalidade da criação do requisito de baixa renda para a concessão do auxílio-reclusão.

Sem qualquer pretensão de concluir pelo acerto ou desacerto do legislador constitucional que instituiu esse requisito, podemos dizer que o requisito da baixa-renda veio como forma de atender o princípio da seletividade dos benefícios previdenciários previsto no art. 194, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal.⁽¹³⁾

A finalidade da baixa renda para o benefício de auxílio-reclusão visou a proteção do mínimo existencial da família do segurado recluso. Ora, na medida em que o parâmetro econômico utilizado para caracterizar a baixa renda supere atualmente pouco mais de um salário mínimo,

(12) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 120.

(13) Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I – universalidade da cobertura e do atendimento;

II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

é mais do que razoável supor que a família do segurado recluso necessite de amparo estatal no momento em que fica desprovido da renda auferida pelo seu provedor em virtude do seu recolhimento à prisão.

Chega o momento então da análise do princípio da legalidade na configuração da baixa renda no benefício em testilha.

Para tanto, vamos nos valer do clássico exemplo do segurado que teve sua reclusão iniciada quando estava desempregado. Nesse caso, qual o valor que deve ser considerado para fins de baixa renda? Seria o da competência do efetivo último salário de contribuição recebido pelo segurado como prega o art. 116 do Decreto n. 3.048-99 e o art. 334, § 2º, da IN n. 45-2010? Ou seria da competência representada pelo mês do recolhimento a prisão do segurado?

No âmbito administrativo do INSS, a resposta tem sido pautada conforme os dispositivos legais acima apontados numa interpretação literal da lei.

Costuma-se dizer que essa forma de proceder da administração previdenciária cumpre os reclamos do princípio da legalidade que, como já se viu, só permite fazer o que a lei determina.

Será que esse proceder é, de fato, a gênese do princípio da legalidade.

4. A BUSCA DE UM PARADIGMA CONSTITUCIONAL PARA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Colocados os princípios como premissas de interpretação da norma legal, é mister compreender que a lei só cumprirá com sua missão se observar os parâmetros contidos no seu princípio informador.

Se comparado com a lei, é possível perceber que os princípios têm maior densidade normativa. Assim, num possível confronto de uma lei com o seu princípio informador, sem dúvida nenhuma deverá prevalecer o princípio.

Tamanho é a importância dos princípios que hoje é possível constatar o fenômeno de sua posituação no ordenamento jurídico.

E, por isso, não existem mais amarras legais para que a Administração Pública não se valha dos princípios informadores do direito previdenciário.

Usar em demasia e quase que exclusivamente o princípio da legalidade em detrimento de inúmeros outros específicos da matéria previdenciária, máxime pelo fato de que vários deles estão positivados até mesmo na própria Constituição, não nos parece a melhor forma de proceder na busca dos ideais do bem comum.

A posituação na lei magna de princípios específicos da seara do direito previdenciário evidencia que eles possuem *status* de verdadeiras garantias constitucionais para a concretização dos fins a que se destinam as prestações previdenciárias.

No campo da posituação de princípios informadores dos benefícios previdenciários, podemos apontar que o mais relevante dispositivo princípio lógico está contido no art. 194 da Constituição Federal. Em que pese o texto constitucional denominar como “objetivos”, é consenso na doutrina previdenciária tratar-se de verdadeiros princípios, na medida em que editam os vetores de atuação na aplicação do direito previdenciário.⁽¹⁴⁾

Em sede infraconstitucional, ganha destaque o art. 2º da Lei n. 8.213-91 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, onde praticamente há repetição da previsão constitucional acima destacada ao enunciar princípios da Previdência Social.⁽¹⁵⁾

(14) IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 64.

(15) Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

- I – universalidade de participação nos planos previdenciários;
- II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios;
- IV – cálculo dos benefícios considerando-se os salários de contribuição corrigidos monetariamente;
- V – irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo;
- VI – valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo;
- VII – previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional;
- VIII – caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.

Parágrafo único. A participação referida no inciso VIII deste artigo será efetivada a nível federal, estadual e municipal.