

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Celso Hiroshi Iochama; Renata Albuquerque Lima; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-631-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, durante o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Salvador-BA, entre os dias 13 a 15 de junho de 2018. O evento é promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, com o tema Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Processo, jurisdição e efetividade da justiça II, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como:

1) O trabalho intitulado “PRINCÍPIOS E REGRAS NA CONSTRUÇÃO DO PROCESSO DEMOCRÁTICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA APLICAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA”, as autoras Renata Albuquerque Lima e Raphaella Prado Aragão de Sousa demonstram a conciliação dos princípios e regras do ordenamento processual civil brasileiro com base no instituto das tutelas provisórias de urgência.

3) No artigo “TUTELA PROVISÓRIA NA ARBITRAGEM: TRANSPOSIÇÃO DO ANTIGO MODELO CAUTELAR”, Thaís Andressa Carabelli e Marcelo Negri Soares pesquisam sobre as tutelas de urgência e sua concessão pelos árbitros, propiciando discussões jurídicas sobre a autoridade jurisdicional privada e seu impacto na efetivação da justiça.

4) O trabalho intitulado “ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - UMA ANÁLISE SOBRE A ADEQUAÇÃO DO PROCESSO ARBITRAL AO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO”, de Lucas Macedo Silva, estuda a possibilidade de utilização do instituto da arbitragem com o regime jurídico de Direito Público, analisando a Lei Federal n. 13.129/2015, que concedeu a autorização expressa para a utilização da via arbitral pelo Poder Público.

5) O artigo com a temática "O AMICUS CURIAE E O ASSISTENTE SIMPLES NA CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE", de Luís Carlos de Sousa Amorim, explora o princípio do contraditório sob uma nova perspectiva, ou seja, como fundamento que garante a ampla participação de terceiros interessados na construção da norma geral presente numa decisão judicial através da figura do amicus curiae e do assistente simples.

6) Já o artigo "O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO", de Karoliny de Cássia Faria e Patrick Juliano Casagrande Trindade, analisa a decisão proferida no processo de requerimento de benefício previdenciário em primeira instância administrativa, pois a falta de fundamentação na decisão padrão enviada aos segurados compromete sua legitimidade por desrespeitar o direito ao contraditório e à decisão fundamentada.

7) A pesquisa intitulada "TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA: CORTE SUPERIOR OU CORTE SUPREMA?", dos autores Mariana Bisol Grangeiro e Marco Felix Jobim, faz uma análise da Corte Constitucional Federal Alemã, sob a

- 9) "EXEQUIBILIDADE DA PENHORA DE CRIPTOMOEDAS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO BRASILEIRO", de Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Priscilla Menezes da Silva investiga a possibilidade de penhora das moedas virtuais.
- 10) O trabalho "PROCESSO CIVIL VIRTUAL: ENTRE A EFETIVIDADE E A CELERIDADE", de Renata Carrara Bussab e Leticia Nascimbem Colovati tem por objetivo estudar os avanços da tecnologia, e sua conseqüente contribuição no âmbito do Poder Judiciário, e, por conseguinte, do Processo Civil.
- 11) O artigo "A JUSTIÇA ITINERANTE COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA", de Danilo Cordeiro Maia e Wallace Fabrício Paiva Souza defende que a justiça itinerante pode ser importante para efetivar o princípio constitucional do acesso à justiça e o constitucionalismo social implantado com a Constituição de 1988.
- 12) "LITISPENDÊNCIA E PROCESSOS COLETIVOS", de Vinícius José Rockenbach Portela tem como objetivo enfrentar esse problema, tratando do instituto da litispendência e a sua relação com as ações coletivas transindividuais e homogeneizantes.
- 13) O estudo "REPERCUSSÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES" de André Luis Pontarolli e Andreza Cristina Baggio se propõe, mediante metodologia de revisão bibliográfica, ao estudo parcial das repercussões do novo Código de Processo Civil no Direito Processual Penal. A análise proposta recai (problema) sobre a viabilidade hipotética de aplicação ao Processo Penal das novas disposições processuais civis que reforçam o princípio constitucional da fundamentação decisória.
- 14) O trabalho "OS RECURSOS DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PARA O FOMENTO DAS ATIVIDADES DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE

aplicação de recursos oriundos de termos de ajustamento de conduta e de ações civis públicas trabalhistas, fora do âmbito do Fundo de Amparo ao Trabalhador instituído pela Lei 7.998/90.

Espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Processual no país.

Prof. Dra. Renata Albuquerque Lima - UNICHRISTUS

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama - Universidade Paranaense - UNIPAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

THE PRINCIPLE OF THE FOUNDATION OF DECISIONS IN THE PREVENTION PROCESS

Karoliny de Cássia Faria
Patrick Juliano Casagrande Trindade

Resumo

O artigo analisa a decisão proferida no processo de requerimento de benefício previdenciário em primeira instância administrativa. Demonstra-se que a falta de fundamentação na decisão padrão enviada aos segurados compromete sua legitimidade por não se adequar às noções básicas de teoria geral do processo, como o direito ao contraditório e à decisão fundamentada. Depreende-se, por derradeiro, que o modelo de procedimento adotado pelo Regime Geral de Previdência não se ajusta às exigências constitucionais de devido processo legal na tomada de decisão que impacta a vida do segurado.

Palavras-chave: Processo administrativo, Previdência social, Fundamentação das decisões, Contraditório, Devido processo legal

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the decision rendered in the application for social security benefits in the first administrative instance. It is demonstrates that the lack of reasoning in the standard decision sent to the insured compromises its legitimacy by not conforming to the basic notions of general theory of the process, such as the right to the adversary and the reasoned decision. Lastly, it is clear that the model adopted by the General Social Security System does not meet the constitutional requirements of due process of law in the decision making process that impacts the life of the insured.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative process, Social security, Rationale for decisions, Contradictory, Due process legal

1 INTRODUÇÃO

A teoria geral do processo integra o conjunto de conceitos e princípios básicos que norteiam toda a compreensão de direito processual. As noções teóricas tem aplicabilidade não só aos processos cíveis, mas também ao âmbito trabalhista, criminal e constitucional.

Além disso, a teoria geral do processo também é empregada nos processos não jurisdicionais. Isso implica afirmar que os conceitos e princípios básicos da disciplina também devem ser levados em consideração quando a tomada de decisão tiver de ocorrer no âmbito administrativo.

Assim como os procedimentos realizados perante o Poder Judiciário, os procedimentos administrativos configuram etapa preparatória destinada à formação do provimento, da decisão. Isso quer dizer que, para que o procedimento administrativo seja considerado legítimo, faz-se necessário o respeito a princípios básicos tendentes a garantir direitos mínimos às partes.

Diretamente entrelaçada à noção de garantia de direitos mínimos às partes envolvidas na controvérsia a ser solucionada, a figura do contraditório ganhou enorme destaque desde que sua singular importância foi abordada por Elio Fazzalari como elemento intrínseco à noção de processo.

Além do contraditório em uma perspectiva substancial, outras questões são de absoluta relevância na abordagem processual. O atual modelo constitucional de processo abrange vários outros princípios, como o da fundamentação das decisões, da ampla argumentação e do terceiro imparcial, que, somados ao contraditório, integram a base do processo democrático.

No contexto do presente trabalho a noção de obrigatoriedade de fundamentação das decisões, diretamente ligada ao devido processo legal, é de fundamental importância, por influenciar de forma preponderante o exercício do direito de participação dos interessados na formação do provimento, em paridade de armas.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do presente artigo incluiu pesquisa teórico bibliográfica, realizada pelo método dedutivo. Buscou-se apresentar argumentos capazes de esclarecer se a falta de fundamentação das decisões (de primeira instância administrativa) verificada nos processos de requerimento de benefício no Regime Geral de Previdência Social, gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, compromete sua

legitimidade enquanto provimento cujos efeitos influenciam a fruição de Direitos Fundamentais pelos segurados do regime.

2 O MODELO DE PROCESSO BRASILEIRO

Para que se possa compreender o posicionamento defendido no presente artigo faz-se importante que seja esclarecida de plano a concepção de processo adotada. Dessa forma, importante definir-se o alcance dos conceitos a serem utilizados.

Nesse estudo, adotou-se o modelo constitucional, com forte influência da noção fazzalariana de processo, como base para a análise proposta. O motivo da escolha foi ter-se visualizado que os princípios que fundamentam ambas as teorias coincidem com a noção de democracia que se espera nos processos de tomada de decisão administrativa no âmbito dos órgãos e entidades públicas no Estado Brasileiro.

2.1 Processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes

Para se compreender a noção de processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, sustentada por Elio Fazzalari, faz-se necessário o conhecimento de algumas ideias prévias.

Inicialmente é indispensável que se conceba a noção de procedimento como o conjunto de atos, logicamente concatenados, cuja prática constitui fase preparatória do provimento.

O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas. (GONÇALVES, 2012, p. 93)

Destaca-se, contudo, que, na concepção fazzalariana, o procedimento não é simplesmente o conjunto dos atos processuais, mas constitui etapa preparatória do procedimento. Sendo assim, ao se falar em procedimento, estar-se-á falando de atividade legalmente regulada, tendente a buscar uniformidade na forma de realização para a garantia de igualdade e segurança para os envolvidos.

O procedimento constitui ato imperativo do Estado, e tem o escopo de garantir a validade e eficácia do provimento a ser proferido pela autoridade competente.

Na noção de Fazzalari o procedimento não pode ser confundido com o processo, dadas as importantes questões que a diferenciação envolve. Para o autor, ao se falar em processo, deve-se compreender a necessidade de absoluta salvaguarda do exercício do contraditório. Esse contraditório consubstancia-se no direito das partes efetivamente participarem da etapa de preparação do provimento, praticando atos e apresentando suas razões da forma que entender proveitosa para a defesa dos seus interesses.

Para Fazzalari, a existência do contraditório no procedimento é que o qualifica como processo. Nesse sentido, o processo, na concepção fazzalariana, conforme explica Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 87) é o “procedimento realizado em contraditório entre as partes”. Se não houver contraditório não há processo, mas sim mero procedimento.

Esse contraditório deve possuir a característica de possibilitar, aos interessados no provimento que está sendo preparado, a participação em paridade de armas.

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar conta dos resultados. (FAZZALARI, 2006, p.119-120)

Por isso, verifica-se que o provimento não pode ser, segundo Fazzalari, uma produção individual do julgador. As ideias de primazia do juízo decorrente da noção de processo como relação jurídica não se adéqua à sociedade atual, e dessa forma o autor do provimento não pode mais decidir de forma solitária e conforme sua convicção pessoal. Os interessados tem o direito de participar, da forma que julgar necessária e conveniente, da formação da decisão, devendo seus atos e argumentos ter a efetiva aptidão para influenciar o seu conteúdo.

Essa necessidade de participação efetiva dos interessados para a existência do processo possui relevância ímpar no contexto do Estado Democrático de Direito, pois possibilita o surgimento da ideia de processo democrático, cujo aprimoramento resultou no modelo constitucional de processo.

2.2 O modelo constitucional de processo

Com origem nos estudos de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, o modelo constitucional de processo adiciona algumas características à concepção fazzalariana de processo. Há, portanto, o acréscimo de alguns princípios que, junto ao contraditório, formam a base principiológica do modelo constitucional. Essa base “[...] afirma a processualidade democrática, viabilizando a efetiva participação dos interessados e a tutela dos direitos fundamentais” (MARQUES, 2016, p. 46).

O modelo constitucional tem o escopo de qualificar o processo como garantia aos interessados, possibilitando sua participação e salvaguardando direitos fundamentais democráticos, pois

[...] a Constituição propôs um novo esquema processual, que assegura a construção participada do provimento. O processo democrático viabiliza a participação igualitária e influente dos interessados, conferindo-lhes ampla liberdade para interpretar o Direito, introduzir argumentos e produzir provas, no tempo do processo. [...] (MARQUES, 2016, p. 49).

O modelo constitucional de processo engloba, além do contraditório, os princípios da ampla argumentação, da fundamentação da decisão e do terceiro imparcial. Para os fins propostos no presente estudo, interessa a análise da questão da fundamentação da decisão.

3 FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio da fundamentação das decisões, como já mencionado, integra a base constitucional do processo. Sua observação toma destaque na própria apreensão de processo, pois, em razão de estar diretamente ligado à apresentação dos fundamentos relativos ao conteúdo do provimento, há total relação com a garantia de oportunização de participação do interessado.

Se não houver o conhecimento dos fundamentos da decisão fica impossível verificar-se se o direito ao contraditório foi efetivamente garantido. Não é possível aferir se os argumentos apresentados foram, de fato, considerados na construção da decisão, ou se foram ignorados pelo autor do provimento, se o prolator da decisão não indicar o que o levou a decidir de tal forma.

Além disso, sem a apresentação dos fundamentos, a parte interessada que teve seus interesses contrariados sequer toma conhecimento dos motivos que levaram ao descrédito da sua versão dos fatos, ao não acolhimento de suas razões ou ao desabono das provas eventualmente apresentadas. Isso implica fazer com que esse interessado, em eventual impugnação pela via recursal, tenha que fazê-la às cegas, pois não sabe exatamente qual o fato, argumento ou prova não convenceu.

Esses dois defeitos decorrentes da falta de fundamentação da decisão – a impossibilidade de se aferir a efetiva consideração dos argumentos de ambas as partes na tomada de decisão; e o impedimento da impugnação da decisão, mediante a exploração dos fundamentos, em razão do desconhecimento deles – implicam afronta ao princípio do contraditório, pois, ou gera a incerteza quanto à sua observação (primeiro caso), ou gera a certeza do seu exercício sem paridade de armas (segundo caso), em função da parte não ter pleno conhecimento do que precisa, de fato, ser impugnado. Em qualquer caso, verifica-se que o que fica em jogo é a própria noção de processo, cuja base principiológica abrange, no mínimo, a existência de contraditório entre as partes, com paridade de armas.

Se não há a efetiva análise pelo autor do provimento de tudo o que foi levado ao procedimento pelos interessados – ainda que seja para refutar os argumentos –, fica evidente a inexistência de contraditório ou, no mínimo, sua existência meramente formal (que tem as mesmas implicações da inexistência). A ausência de contraditório importa na inexistência do próprio processo, passando os atos praticados a integrar mero procedimento.

Há, porém, que lembrar que a Constituição da República coloca o devido processo legal em posição de destaque, funcionando como “[...] supraprincípio, um princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados [...]” (NEVES, 2016, p. 144-145). Sem o devido processo legal não terá lugar no direito brasileiro a imposição legítima de qualquer sanção ou prejuízo na esfera de direitos dos indivíduos.

A Constituição é o fundamento de validade do processo, pois nela é que estão previstos os direitos que o processo pretende tutelar. Se essa mesma Constituição exige o devido processo para que o conteúdo do provimento possa gerar consequência na esfera jurídica do interessado, conclui-se que o provimento resultante de mero procedimento não possui legitimidade para tal.

Se o procedimento não teve contraditório ele não foi justo, e se não houve justiça não houve o devido processo legal. Se não houve devido processo legal a esfera de direitos do interessado no provimento não pode ser atingida, pois o processo é uma garantia constitucional contra o exercício abusivo de poder.

Tem-se, assim, que a decisão fundamentada é direito do interessado no provimento. Esse direito decorre de um outro direito-base, o devido processo legal, que, por sua vez, somente existirá no contexto de procedimento realizado com a presença do contraditório entre as partes interessadas, em simétrica paridade.

4 TEORIA GERAL DO PROCESSO E A DECISÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO

Estabelecidas as noções teóricas básicas do processo no contexto constitucional brasileiro, é preciso que se compreenda seus âmbitos de incidência.

Em relação ao processo jurisdicional não há grandes dificuldades na percepção dessa incidência, porém em esferas não jurisdicionais a questão pode gerar alguma confusão.

A teoria geral do processo, com seus conceitos e princípios, tem aplicabilidade a todo o processo ou, melhor dizendo, a todo procedimento destinado à emissão de provimento capaz de influenciar a esfera jurídica de seus interessados. Isso ocorre porque, se a decisão irá gerar consequências jurídicas, é direito fundamental do indivíduo que haja prévio e devido processo. Isso implica dizer que toda vez que uma decisão a ser proferida em um procedimento tiver o potencial de influenciar na esfera jurídica de algum indivíduo ele terá direito a participar do processo de formação dessa decisão.

Como é sabido, decisões com potencial de influência na esfera jurídica dos cidadãos não são proferidas somente no âmbito do Poder Judiciário. Na esfera administrativa são diuturnamente emitidas decisões com essa característica. Para o presente estudo destacam-se as decisões nos requerimentos de benefícios previdenciários.

Partindo-se da premissa de que todo o indivíduo tem direito fundamental ao devido processo em qualquer decisão a respeito de direitos integrantes da sua esfera jurídica, pode-se concluir que as decisões administrativas nos requerimentos de benefícios previdenciários também devem ser construídas de forma participada, e com a emissão de provimento devidamente fundamentado.

A decisão para ser considerada fundamentada e construída de forma participada deve conter a análise dos argumentos, fatos e provas trazidos pelo requerente do benefício, devidamente confrontadas aos requisitos mínimos definidos em lei para a concessão do benefício pleiteado. Isso quer dizer que, por exemplo, o exame pericial realizado pelo médico da entidade previdenciária deveria resultar na emissão de um laudo conclusivo no qual fossem apontados os fundamentos, inclusive científicos, que levaram ao reconhecimento ou não da

incapacidade laborativa. Esse laudo, por sua vez, teria que ser confrontado com as determinações legais pertinentes e então, nesse momento, ser decidida a questão da concessão ou não do benefício, apontando exatamente em qual ponto, e por quais fatores, se considerou que os requisitos legais foram ou não devidamente cumpridos pelo segurado.

A realidade, porém, apresenta-se bastante diversa do “dever ser” constitucional. Observa-se que as decisões dos requerimentos de benefícios previdenciários, com destaque para aqueles decorrentes de incapacidade laborativa, como o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, não apontam sequer minimamente seus fundamentos. Na prática há o encaminhamento de comunicados de decisão, em modelo padrão, aos segurados. Nesses comunicados consta somente a informação de que “[...] foi reconhecido direito ao benefício, em razão de o exame médico-pericial realizado pelo INSS ter concluído que existe incapacidade para o trabalho e/ou atividade habitual [...]” (INSS, 2018), ou “[...] não foi reconhecido o direito [...]” (INSS, 2018) ao benefício, e o apontamento dos dispositivos legais que regulam o benefício.

Parece óbvio, mas é importante lembrar, que o simples apontamento dos dispositivos legais aplicáveis à matéria não configura fundamentação jurídica e é de pouca ou nenhuma relevância para o segurado.

Não há, nem no comunicado de decisão, nem nos autos do procedimento, a apresentação dos fundamentos do provimento administrativo, com indicação da análise dos laudos emitidos pelo perito e pelo médico particular do segurado e dos exames eventualmente apresentados. Não há efetiva explicitação dos motivos pelos quais o perito entendeu existir ou não a capacidade laborativa. Também não há confrontação das conclusões técnicas com os requisitos legais.

Verifica-se que, na verdade, o perito funciona como julgador que, de forma solitária, e conforme suas convicções pessoais, acaba por decidir o mérito do requerimento. Isso se torna ainda mais grave se se considerar o fato de que, para decidir se há ou não a incapacidade, esse profissional não precisa apontar, sequer minimamente, quais os fatores fáticos e científicos por ele considerados.

No caso de indeferimento do benefício por incapacidade o segurado desconhece os motivos que levaram o perito a entender que ele possui capacidade laborativa. Não se sabe quais os fundamentos que levaram o perito a interpretar os exames de forma divergente à interpretação do médico particular, que em seu laudo solicitou o afastamento do segurado de suas atividades profissionais.

Essa completa ignorância acerca dos fundamentos do provimento administrativo gera uma série de implicações processuais que possuem relação direta com garantias constitucionais do indivíduo.

Observa-se que no mesmo comunicado de decisão que informa o indeferimento do benefício há a indicação ao segurado da possibilidade apresentar recurso. Ocorre que a impugnação recursal, para ter o potencial de provocar a reforma do provimento, deve conter argumentação que aponte erro na interpretação do médico perito acerca da capacidade laborativa do segurado. Isso importa na necessidade de apresentação de argumentos científicos que corroborem a afirmação da existência de incapacidade, demonstrando que tais argumentos não foram considerados pelo perito e que por isso a decisão que conclui pela capacidade laborativa está equivocada.

Nesse ponto surge a grande dificuldade para o segurado, para seu médico particular – que não terá parâmetro para apresentar os argumentos científicos que sustentam a necessidade de reforma da decisão – e, se for o caso, até mesmo para o advogado que for elaborar as razões recursais. A falta do apontamento pelo perito da causa que o levou a entender que existe capacidade laborativa impede que a impugnação em via recursal aborde o exato ponto de discordância entre o perito e o médico particular. Não se sabe se o que fez o perito entender que o segurado é capaz de trabalhar foi a interpretação de um exame, a falta dele, a natureza da atividade profissional do segurado ou, inclusive, o desconhecimento dessa informação, que pode levar a uma incorreta análise acerca da incapacidade para determinadas atividades. Em qualquer caso, se o fundamento do posicionamento do perito fosse conhecido pelo segurado haveria então a oportunidade de ele promover o devido esclarecimento da situação e, se for o caso, comprovar seu direito ao benefício.

Observa-se assim que o conhecimento dos fundamentos da decisão é de fundamental importância para que o segurado possa defender seu direito. Somente com o conhecimento dos fundamentos da decisão é que ele poderá exercer o efetivo contraditório, de forma a apresentar argumentos e provas consciente e esclarecidamente escolhidos para tentar fazer com que a decisão administrativa seja proferida em seu favor.

Do que se expôs conclui-se que no processo administrativo previdenciário não há garantia de contraditório, em paridade de armas, ao segurado. Inconsciente das providências com efetivo potencial de favorecer o acolhimento das suas razões, o segurado recorre no escuro, abordando questões incontroversas de forma desnecessária e deixando de abordar pontos cruciais à demonstração da incapacidade que gera o direito ao benefício. Isso faz com

que o segurado esteja sempre em situação de desvantagem em função de lhe ser imposto um ônus argumentativo desproporcional ao nível de informações a que tem acesso.

O processo administrativo previdenciário é procedimento, no qual não há contraditório em simétrica paridade. Nesse contexto, depreende-se que o processo previdenciário, na verdade, não é processo, mas mero procedimento, marcado pela profunda hipossuficiência do segurado em relação à capacidade de defesa dos seus interesses.

Contudo, como abordado anteriormente, sabe-se que o que a Constituição exige é processo. A Constituição da República confere ao cidadão o direito ao devido processo legal, com todas as suas implicações. Sendo assim, a mera realização de procedimento, desatento ao dever de fundamentação das decisões e de garantia do direito ao contraditório, é insuficiente sob o ponto de vista do modelo constitucional de processo.

As garantias constitucionais do processo são garantias da própria sociedade de que o Estado não invadirá o domínio dos direitos individuais e coletivos para impor privação a bens da vida que o Direito garante “[...] sem as formas de um processo devido e de que não se dará sem a participação e o controle dos destinatários do provimento em sua própria formação [...]” (GONÇALVES, 2012, p. 161).

Procedimento sem processo não tem legitimidade para surtir efeitos na esfera jurídica do segurado, impedindo a fruição de direito social que reflete a consagração de Direitos Fundamentais.

Importante salientar que o direito à previdência está explicitamente previsto no Título II da Constituição de 1988, sendo inegável sua condição de Direito Fundamental.

Observamos aqui que a obrigação do Estado em respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, mas, abrange uma obrigação prestatória diante da impossibilidade deste em prover para si uma existência humanamente digna. Sendo assim, é justamente quando o cidadão tem sua força laboral afetada, que a Previdência Social evidencia seu papel nuclear, na busca da manutenção do ser humano dentro de um nível minimamente adequado. A doutrina nacional que trata sobre os direitos fundamentais também reconhece a íntima vinculação entre o direito à Previdência Social e a dignidade humana, constituindo este um princípio basilar de todos os direitos sociais. Diante disso, não resta dúvidas quanto a necessidade do reconhecimento do direito à Previdência Social como sendo um direito fundamental; direito este de segunda dimensão, que possibilita a exigência de aplicabilidade imediata nas situações de direito substancial carecedoras de tutela jurisdicional (DUTRA, 2011).

Como Direitos Fundamentais, os direitos de natureza previdenciária possuem aplicabilidade imediata e o impedimento de sua fruição com base em decisão administrativa não fundamentada configura dupla afronta aos mandamentos constitucionais. Verifica-se que há lesão a Direitos Fundamentais de natureza processual e material, com reflexo direto nos fundamentos republicanos da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

Vislumbrou-se, portanto que os direitos sociais, do qual a previdência social faz parte, são direitos fundamentais. E que o direito fundamental à previdência social garante a efetivação da dignidade da pessoa humana e da cidadania, ao passo que preserva a autodeterminação do ser humano, garantindo-lhe um conteúdo mínimo a ser provido, capaz de assegurar as condições mínimas de vida digna e justiça social, não podendo sofrer limitações (ANTONELO, 2010, p. 99).

O respeito e defesa dos Direitos Fundamentais do cidadão não é uma faculdade do Estado Brasileiro. É dever do Poder Público implementar ações aptas a promover a consagração dos Direitos Fundamentais.

[...] a Administração Pública, em seu sentido mais amplo – incluindo aqui inclusive não apenas pessoas jurídicas de direito público, mas aquelas de direito privado que disponham de poderes públicos ao tratar com o particular – está estritamente vinculada à observância dos direitos fundamentais, sob pena de nulidade dos seus atos. Ainda, aqueles que atestam a duvidosa existência de um espaço discricionário para a ação administrativa, acabam por reconhecer que dentro desse espaço deve-se priorizar o atendimento dos direitos fundamentais, como elementos necessários para a concretização do bem comum e da finalidade pública (FERNANDES, 2016, p. 345).

Nesse contexto, considerando-se o devido processo legal – e os direitos à decisão fundamentada e o exercício do contraditório dele decorrentes – e o acesso a benefícios previdenciários como Direitos Fundamentais, conclui-se que a fruição desses direitos não comporta a imposição de entraves, diretos ou indiretos, que não estejam previstos na Constituição.

Sendo assim, cabe à entidade gestora do regime previdenciário, mormente por integrar a estrutura da Administração Pública, promover o constante aperfeiçoamento dos seus métodos e procedimentos com o objetivo de exercer suas atividades com o máximo de adequação aos mandamentos constitucionais, especialmente no que toca à proteção de Direitos Fundamentais dos segurados.

A promoção dos Direitos Fundamentais do cidadão de forma prática pelas entidades que integram a Administração Pública revela a consagração pelo Estado Brasileiro do princípio da dignidade humana, que é fundamento da República.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os valores democráticos insculpidos na Constituição da República de 1988 integram a base principiológica de todo o direito brasileiro. Em razão disso, todos os ramos jurídicos recebem forte influência democrática, sendo necessário que seus institutos sejam adequados ao que determina a Constituição.

No direito processual o ideal democrático é também basilar. Nesse ramo, a garantia da participação das partes interessadas na formação do provimento é essencial para que a decisão proferida seja dotada da necessária legitimidade para surtir efeitos na esfera jurídica dos indivíduos.

Dessa forma, considerando-se o Princípio Democrático, que possui total relação com o Direito Fundamental ao devido processo legal, conclui-se que a decisão proferida somente terá aptidão para impor consequências ao cidadão se respeitar os requisitos mínimos para a garantia de um processo justo.

Nessa linha, verifica-se que fundamentação das decisões e a garantia do contraditório às partes, em simétrica paridade, tomam posições de destaque como dois inafastáveis requisitos para que o processo seja considerado devido e, portanto, adequado às exigências constitucionais.

A necessidade se concretizar o processo devido atinge todas as esferas de tomada de decisão existentes no Estado Brasileiro. Sendo assim, é dever da Administração Pública, nas atividades que desempenha através dos seus órgãos e entidades, estar sempre atenta para o respeito aos Direitos Fundamentais de natureza processual que a Constituição conferiu aos cidadãos.

Dessa forma, na abordagem da problemática proposta no presente artigo, verifica-se que a forma com que a tomada de decisão tem sido procedimentalizada no Regime Geral de Previdência Social, gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, não se mostra adequada à noção de processo devido e, portanto, ao ideal democrático consagrado na Constituição de 1988.

Impõe-se, portanto, a necessidade de uma revisão dos procedimentos ora adotados para a concessão ou denegação dos benefícios previdenciários geridos por aquela entidade, a fim de promover sua compatibilização com os preceitos constitucionais. É imperiosa a obediência aos requisitos mínimos para que se reconheça a legitimidade dos provimentos administrativamente proferidos e se tenha, assim, uma atividade pública realizada com fundamentos legítimos e em conformidade com a ordem jurídica pátria.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANTONELO, Josiane Borghetti. **Políticas Públicas de (Im)previdência Social: uma análise da efetivação da cidadania dos idosos no Brasil frente aos benefícios previdenciários auferidos**. Orientadora: Prof. Pós Doutora Marli Marlene Moraes da Costa. Dissertação (Mestrado), Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 Abr. 2018.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. **Comunicado de Decisão**. Constatação de incapacidade laborativa. Benefício n. 621.620.542.4. Divinópolis/MG, 17 de janeiro de 2018.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. **Comunicado de Decisão**. Parecer contrário da perícia médica. Benefício n. 621.620.542.4. Divinópolis/MG, 23 de março de 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. v. 2. Campinas: Bookseller, 2002.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito Processual: A formação participada nas ações coletivas**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CARVALHO, Carliane de Oliveira. **O Processo Enquanto Procedimento em Contraditório e Acesso à Justiça**. Disponível em:<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=db4195f88b8dae85>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DUTRA, Carina Lentz. **O Direito à Previdência Social na Perspectiva da Tutela Jurisdicional dos Direitos**. Disponível em:<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/carina_dutra.pdf>. Acesso em> 01 Abr. 2018.

FARINELLI, Alexsandro Menezes; MASCHIETO, Fábila. **Dano Moral Previdenciário**. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2011.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual** [Istituzioni di diritto processale]. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FRANCO, Loren Dutra. **Processo Civil: origem e evolução histórica**. Disponível em:<intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20002.pdf>. Acesso em: 17 Fev. 2018.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **O Modelo Constitucional de Processo e o Eixo Estrutural da Processualidade Democrática**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre, 2016, v. 2, n. 1, p. 43-55.

MELLOS, Nicole Borja. **A Previdência Social como Direito Fundamental**. Revista Páginas de Direito. Porto Alegre, 2014, ano 14, n. 1171. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/285-artigos-set-2014/6738-a-previdencia-social-como-direito-fundamental>>. Acesso em: 01 Abr. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. **Direitos Fundamentais**: direito de todos? O dever ético constitucional e a reserva do possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC. São Paulo, 2007, n. 10, Jul.-Dez., p. 259-294. Disponível em:<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-259-Joao_Carlos_Navarro_de_Almeida_Prado.pdf>. Acesso em: 01 Abr. 2018.

SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Processo e Constituição**: o processo como garantia fundamental da defesa do cidadão; os princípios processuais constitucionais e o processo democrático. Leme/SP: J.H. Mizuno, 2014.

SOARES, Davidson Dias Vieira. **As Teorias do Processo e a Democracia Participativa**. In: Direito Processual: estudos jurídicos aplicados. CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). Belo Horizonte: PUC Minas, 2010, p. 251-268.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. **O Processo de Execução no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ZANINI, Juliano Cesar. **O Direito Fundamental aos Benefícios Previdenciários e a Impossibilidade de Aplicação do Prazo Decadencial na Revisão dos Atos de Concessão**: inconstitucionalidade do art. 103, caput, da lei . 8.213/91. Constituição, Economia e

Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2013, v. 5, n. 8, Jan.-Jun., p. 119-155.