

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL**

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

OTON DE ALBUQUERQUE VASCONCELOS FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: José Ricardo Caetano Costa, Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-109-8

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3. Seguridade. 4. Previdência social. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos os artigos apresentados no Grupo de Trabalho DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, do XXIV Congresso do CONPEDI, realizado entre os dias 11 e 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais, sob os auspícios dos Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara.

No artigo A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A INTERPRETAÇÃO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS, os autores Valter de Souza Lobato e Anita Carmela Militão de Pascali, analisaram a questão tributária, fazendo a articulação desta com a previdência social e seu financiamento. Apresentaram um caso concreto, relativo a um portador de doença incapacitante, cuja patologia não se encontrava no rol das doença previdenciárias. Apontam como saída na interpretação deste rol, uma análise ampliativa dos dispositivos constitucionais.

No artigo AS AÇÕES REVISIONAIS DO FGTS: ASPECTOS, REQUISITOS E POTENCIAIS DECISÕES, de Tatiana Bhering Serradas Bom de Souza Roxo e Jerfferson da Mata Almeida, os autores analisaram as origens históricas do instituto do FGTS. Verificando a natureza indenizatória inicial deste instituto, passando à condição de depósito como forma compensatória. Questiona o fato de a TR ser utilizada como forma de correção das contas do FGTS, por ser esta não é taxa de correção, mas sim de juros.

No artigo LIBERDADES EM CONFLITO: A IMPOSIÇÃO DE LIMITES À LIBERDADE DE ENSINO COM FUNDAMENTO EM SUPOSTAS VIOLAÇÕES DE OUTRAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS, de Artur Amaral Gomes, o autor analisaram o direito à educação, buscando a liberdade do ensino como o principal princípio norteador. Defendeu que a liberdade de ensino deve ser aplicado junto com outros princípios constitucionais.

No artigo A (DES)IGUALDADE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DE APOSENTADORIA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO, de Aline Fagundes dos Santos, a autora analisa as questões das desigualdades dos benefícios previdenciários no Brasil sob a perspectiva de gênero. Analisaram tanto os aspectos quantitativos como os qualitativos. Verificaram o caráter fundamental dos direitos previdenciários, bem como os caso de distinção de idade e tempo de contribuição para os

benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Analisaram os dados do Anuário da Previdência Social, relativo a 2011.

No artigo A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DE JANEIRO DE 2011 A JUNHO DE 2015 NO ÂMBITO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO, de Michelle Aparecida Batista, a autora analisou a expedição das Medidas Provisórias, buscando verificar se existe o excesso de emissão de MPs, no período de 2012 a 2015. Conclui que foram 158 em matérias diversas, sendo 18 em matéria previdenciária. A atuação do governo, segunda aponta, foi superior a do legislativo, em termos de produção de leis. Constatou, ainda, que a grande parte destas Medidas Provisórias foram para suprimem ou extinguem direitos.

No artigo A VIOLÊNCIA, O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E A CIDADANIA, de autoria de Fernando Rocha Palácios, analisou a fundamentalidade da educação, verificando a violência a este direito fundamental e à cidadania. Avaliou que a globalização provoca a violência, em decorrência de vivermos em uma sociedade pós-moderna.

No artigo A DIFERENÇA MÚLTIPLA, OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO: A CONCESSÃO JUDICIAL DO SALÁRIO-MATERNIDADE ÀS INDÍGENAS MENORES DE 16 ANOS, de autoria de Mayara Alice Souza Pegorer, a autora analisou a concessão do salário-maternidade às indígenas menores de 16 anos. Primeiramente, avaliou a denominada diferença multiplica, passando, posteriormente, a apontar outras diferenças afora as de gênero, tais como a diferença entre raças.

No artigo DIREITOS SOCIAIS NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA CAPITALISTA NEOLIBERAL CONTEMPORÂNEO E SEUS EFEITOS COLATERAIS, os autores Gabriela de Campos Sena e Daniela Rodrigues Machado Vilela, analisou os direitos sociais no neoliberalismo, verificando que existe uma certa naturalização da derrocada dos direitos sociais, em detrimento destes direitos. Apontou a falta de solidariedade e seus desdobramentos, especialmente ao que se relaciona aos direitos sociais. Avaliou outros fatores, tais como a governança e outros entes não estatais, na garantia destes direitos.

No artigo A PREVIDÊNCIA SOCIAL: UMA CONQUISTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A ESPERA DA EFETIVIDADE COMO DIREITO SOCIAL, de Silvia Maria Maia Xavier, a autora analisou as questões que perpassam o direito

do trabalho e o direito previdenciário, enfocando o direito previdenciário em uma ótica filosófica. Apontou na pesquisa os fins e os meios, avaliando a questão financeira em matéria previdenciária. Questionou o fato de o INSS ser o maior litigante na Justiça.

No artigo *A PREVIDÊNCIA SOCIAL À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM DIREITO DA PERSONALIDADE*, de Edgar Dener Rodrigues, o autor analisou as questões de judicialização das políticas públicas, avaliando seus aspectos positivos e negativos. Investigou as origens da Previdência Social, traçando algumas questões sobre a interferência dos direitos fundamentais. Avaliouas quatro dimensões dos direitos, fazendo uma abordagem dos direitos previdenciários enquanto direitos de segunda geração ou dimensão.

No artigo *A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL PELA LEI 13.135/15: O CASO DA PENSÃO POR MORTE NO RGPS*, o autor Antonio Armando Freitas Gonçalves analisou as medidas Provisórias no aspecto fiscal. Avalia a baixa taxa de fecundidade e da expectativa de vida. Questiona a ideia da vitaliciedade do benefício em si e a tese central das duas ADIs impetradas ao STF. Verificou os critérios da pensão por morte antes e depois da MP n. 664/14.

No artigo *A DISCRIMINATÓRIA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA POR IDADE NO BRASIL*, de Marco Cesar de Carvalho e Fabiana Cristina da Silveira Alvarenga, os autores analisaram o instituto da aposentadoria compulsória no Brasil, de modo que, partindo de dados do IPEA, verificam que a expectativa de vida alterou, ou seja, aumentou nos últimos anos. Apontam que a expectativa de vida será de 86 anos em 2060. Apontaram pela não extensão do critério etário, em virtude do equilíbrio financeiro do sistema previdenciário.

No artigo *AUXILIO-DOENÇA/ACIDENTÁRIO/: BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI 8.213/91*, de Lilian Maria Gomes de Oliveira, a autora apresentou o histórico e as diferenças do auxílio-doença comum e o auxílio-acidentário, bem como do acidente do trabalho. Analisou o Nexo técnico epidemiológico, os tipos de doenças e as possibilidades do auxílio-acidente.

No artigo *AUXÍLIO-RECLUSÃO: A DESINFORMAÇÃO É SEU MAIOR INIMIGO*, Paulo Henrique Januzzi da Silva analisou o benefício do auxílio-reclusão e as informações que os cidadãos tem sobre este benefício, especialmente através da televisão e das redes sociais. Constatou, a partir da análise destes veículos de comunicação, a existência de fatores discriminatórios, formando um senso comum equivocado, o que prejudica a visão que a população possui deste benefício.

No artigo O AUXÍLIO RECLUSÃO EM FACE DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto Bassetto e Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto analisaram a questão do auxílio-reclusão e a perspectiva deste benefício à luz dos tratados e convenções internacionais. Verificaram as condições da concessão deste benefício a partir da Convenção dos Direitos Humanos da Criança.

No artigo DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS E SEUS REDUTORES: O CASO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO E DA FÓRMULA 85/95, de Clarice Mendes Dalbosco e Ludmila Kolb de Vargas Cavalli, as autoras analisaram a aplicação da fórmula 85-95, cuja aplicabilidade é facultativa, podendo os segurados optarem pela fórmula do fator previdenciário, se completados os 30 anos, para mulheres e 35 anos para homens. Verificaram que o STF entendeu que a aplicação do Fator Previdenciário é constitucional. Apontaram que a expectativa de vida é padronizada nacionalmente, fazendo a crítica a esta sistemática de aplicação.

No artigo A JUDICIALIZAÇÃO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: SOLUÇÃO OU PROBLEMA?, a autora Ana Carolina Carvalho Barreto analisou os acidentes do trabalho, LER-DORT, em decorrência dos acidentes do trabalho com os trabalhadores bancários. Realizou pesquisa de campo em que demonstrou que 40% dos trabalhadores que fizeram a CAT não obtiveram o B-91. Concluiu que a judicialização não é uma solução do problema, eis que resolve a questão individual e não coletiva.

No artigo CONFLITO PREVIDENCIÁRIO: RAÍZES, CARACTERÍSTICAS E MOTIVOS DO EXCESSO DE LITIGIOSIDADE, o autor Marco Aurélio Serau Jr., analisou as origens do conflito previdenciário, investigando as causas que ensejam o alto percentual elevado de litigiosidade, apontando como em torno de 60% das demandas que tramitam na Justiça Federal. Investigou essa questão a partir de duas pautas: a pauta de legalidade e pauta de interpretação ou de ampliação.

No artigo A DESAPOSENTAÇÃO: REFLEXÕES A PARTIR DA COMPREENSÃO DO DIREITO COMO INTEGRANTE NO PENSAMENTO DE RONALD KWORKIN, de Viviane Freitas Perdigão Lima, a autora analisou as decisões do STJ sobre a desaposentação. Verificou os discursos dos diversos atores sociais, a partir do pensamento de Dworkin do direito como integridade. Analisou filosoficamente, a partir deste autor, como seria a aplicabilidade de alguns casos concretos se o judiciário fosse adepto desta teoria.

No artigo **RENÚNCIA À APOSENTADORIA: ENTRE A VULNERABILIDADE DO APOSENTADO E A SUSTENTABILIDADE DO SISTEMA**, Marcelo Leonardo Tavares e Murilo Oliveira Souza analisaram a desaposentação sob o prisma da vulnerabilidade. Verificaram a sustentabilidade do sistema, sob o ponto de vista atuarial, apontando as três posições do STF sobre esta matéria. Indicam, como saída para esta questão altamente judicializada, a resolução via legislação e na seara administrativa.

No artigo **O DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O PAPEL PROMOCIONAL DO NÚCLEO DE DEFESA DA SAÚDE DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ**, Cecilia Barroso de Oliveira e Carolina Rocha Cipriano Castelo, analisaram a questão da saúde dos deficientes do Estado do Ceará, buscando vislumbrar a pericia biopsicossocial na aplicação da Convenção de Nova Iorque, de 2008, bem como seus reflexos nos benefícios previdenciários e assistenciais. Apontaram as demandas mais comuns existentes no NUDESE, grupo de pesquisa vinculado a UNIFOR.

No artigo **A DELIMITAÇÃO DE UM CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE**, de Hermann Duarte Ribeiro Filho, o autor analisaram os tipos de benefícios por incapacidade, estabelecendo os requisitos e singularidades de cada um deles, indicando a necessidade da utilização de um critério biopsicossocial para a verificação da deficiência e da incapacidade, tal como consta na Declaração de Nova Iorque (ONU).

No artigo **A LEI 12873/13, AS ESTRUTURAS FAMILIARES MODERNAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ANÁLISE DAS NOVAS REGRAS DE CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE EM RELAÇÃO ÀS FAMILIAS MONOPARENTAIS**, de Caroline Shneider e Ellen Carina Mattias Sartori, as autoras analisaram a possibilidade do salário-maternidade as famílias monoparentais. Indicam o caso da mãe solteira, do segurado ou segurada adotante vier a falecer, com a possibilidade de a criança receber o benefício do salário-maternidade.

No artigo **NOVOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE AO CÔNJUGE/COMPANHEIRO NO CONTEXTO DE CRISE DO ESTADO-PROVIDÊNCIA UMA INTERFACE ENTRE A SEGURIDADE E O DIREITO DE FAMÍLIA**, de Laira Carone Rachid Domith, a autora analisaram a pensão por morte, fazendo um paralelo entre o direito de família e o direito previdenciário. Verificaram os efeitos das mudanças trazidas na pensão por morte, consoante a alteração legislativa trazida pela Lei n. 1135/15. Analisaram o

tabelamento prévio existente na lei, apontando por outra saída, representada pelo estabelecimento do critério de necessidade e não do tempo de união estável ou idade do dependente.

No artigo O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONFIGURAÇÃO DA NECESSIDADE DO INDIVÍDUO: UMA ANÁLISE DO CRITÉRIO DA MISERABILIDADE NA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL, os autores Fábio Rezende Braga e Elisa Schmidlin Cruz analisaram os critérios socioeconômicos para concessão do Benefício de Prestação Continuada da LOAS, verificando os critérios utilizados pelo STF ao longo dos últimos anos. Ressaltam a importância dos julgados de primeiro grau, em que os juízes entenderam não se curvar ao critério do ¼ do SM, conforme consta na Lei n. 8742/93, fazendo com que o STF alterasse seu entendimento.

No artigo JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: POR QUE PARA SE LEVAR O DIREITO À SAÚDE A SÉRIO DEVE-SE TAMBÉM LEVAR O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE A SÉRIO?, de Eder Dion de Paula Costa e Rodrigo Gomes Flores, os autores analisaram a judicialização da saúde, investigando a solidariedade dos entes federativos e suas responsabilidades. Verificaram as origens históricas da saúde no Brasil, bem como apontam seus princípios. Investigam as diferenças regionais e as peculiaridades das regiões no Brasil, apontando os problemas existentes no SUS, devido a estas diferenças.

No artigo JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: PERSPECTIVAS DE UMA CONFORMAÇÃO DE EFETIVIDADE, de Cláudia Mota Estabel e Andreia Castro Dias, as autoras analisam a possibilidade de o Judiciário intervir nas políticas públicas em virtude da omissão do Estado. Apresentam um contexto histórico, evocando tratados e convenções internacionais. Avaliaram a importância da CF-88, no que respeita a instituição do sistema de saúde no Brasil, apresentando os princípios constitucionais que informam este direito.

No artigo A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE FRENTE OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL: RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL, os autores Pedro Henrique Sanches Aguera e Thayara Garcia Bassegio, analisaram o processo de judicialização dos direitos à saúde, enfocando o princípio da reserva do possível em ocorrência da defesa dos mínimos sociais ou existenciais. Verificaram que o princípio da reserva do possível foi aplicado indevidamente em nosso sistema, dada a indisponibilidade dos mínimos sociais e a obrigação do Estado em atendê-los.

No artigo A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM AÇÕES DE MEDICAMENTOS NO CONTEXTO DA CRISE DA LEGALIDADE BURGUESA, de

Ariadi Sandrini Rezende e João Paulo Mansur, os autores investigaram os tipos históricos de Estado e seu comprometimento com a saúde, até a CF/88, apresentando o compromisso constitucional desta nova Carta Magna para com a saúde. Constataram, a partir da análise jurisprudencial, que o Poder Judiciário vem contribuindo para a efetivação dos direitos sociais afetos à saúde.

CONFLITO PREVIDENCIÁRIO: RAÍZES, CARACTERÍSTICAS E MOTIVOS DO EXCESSO DE LITIGIOSIDADE

SOCIAL SECURITY CONFLICT: ROOTS, FEATURES AND REASONS OF EXCESS LITIGATION

Marco Aurélio Serau Junior

Resumo

O trabalho analisa as causas do conflito previdenciário, evidenciando que não se trata de mera forma pejorativa de ativismo judicial ou de busca indevida pelo sistema judicial. Demonstra-se que os motivos para a existência do enorme contingente de ações judiciais previdenciárias residem em dois fatores primordiais: o descumprimento da norma previdenciária pelo próprio órgão responsável por seu cumprimento (INSS) e, de outra parte, a pretensão de alteração e aprimoramento da legislação previdenciária, através da adoção de outros critérios hermenêuticos, com através de interpretação constitucional dos direitos previdenciários, da revisão dos postulados da Teoria Geral do Direito e, por fim, do enfrentamento da abordagem econômica.

Palavras-chave: Direito previdenciário, Conflito, Litigiosidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the causes of the social security conflict, showing that it is not mere pejorative form of judicial activism or improper search for the judicial system. It is shown that the reasons for the existence of huge number of pension lawsuits reside in two primary factors: the failure of pension provision by the appropriate body responsible for compliance (INSS) and, on the other hand, the change of pretension and improvement of social security legislation, by adopting other hermeneutical criteria, through constitutional interpretation of pension rights, the review of the postulates of the law General Theory and, finally, the face of the economic approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social security law, Conflict, Litigation

CONFLITO PREVIDENCIÁRIO: RAÍZES, CARACTERÍSTICAS E MOTIVOS DO EXCESSO DE LITIGIOSIDADE

1 INTRODUÇÃO.

O *conflito previdenciário* não corresponde somente ao grande volume de demandas ajuizadas na Justiça Federal (ou na jurisdição comum) visando a concessão ou revisão de benefícios previdenciários.

Na realidade, o enorme acervo judicial de ações discutindo benefícios previdenciários como auxílio-doença, pensão por morte ou aposentadoria por tempo de contribuição é apenas sintoma de um conflito bastante mais amplo, cujas raízes não são apenas jurídicas, mas também sociológicas, econômicas e políticas.

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

O presente artigo se propõe a dissecar as raízes do conflito previdenciário, identificando os fatores condicionantes para que um incontável número de demandas previdenciárias são ajuizadas anualmente, afastando, por igual, a ideia de que há alguma forma pejorativa de ativismo judicial ou transferência indevida de atividades do INSS para o Poder Judiciário.

De fato, é voz corrente na doutrina e mesmo na jurisprudência a tese de que os segurados procuram em excesso (e muitas vezes em vão) o Poder Judiciário, sendo que deveriam se limitar à esfera administrativa própria do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. De outra parte, também é frequente o discurso em torno do ativismo judicial nesse campo, supostamente irresponsável e despreocupado com a sustentabilidade atuarial do regime previdenciário.

Entretanto, o presente trabalho pretende demonstrar que esses argumentos são falaciosos ou, ao menos, equivocados. O conflito previdenciário, conforme indicaremos, pode ser classificado em dois segmentos, uma *pauta de legalidade*, que visa o cumprimento da legislação previdenciária que já existe e, por alguns motivos, é negligenciada pelo INSS; além de outra pauta, que denominamos *interpretativa* ou *ampliativa*, que reside na crítica ao Direito Previdenciário vigente, visando a substituição das normas jurídicas vigentes por outras, mais adequadas à realidade nacional.

No primeiro subtópico examinamos e exemplificamos a pauta de legalidade, que consiste, como apontamos, na busca pela efetividade das normas jurídicas previdenciárias que já estão em vigor, ao menos do ponto de vista formal.

No segundo subitem trata-se da agenda interpretativa ou ampliativa, onde a origem do conflito previdenciário está na pretensão de fazer avançar a normatividade existente, considerada inadequada à realidade social brasileira.

O percurso traçado é cumprido a partir do recenseamento da mais relevante literatura contemporânea sobre os temas do controle judicial de políticas públicas e dos direitos fundamentais sociais, além da própria doutrina especializada em Direito Previdenciário.

Por fim, não se pode deixar de assinalar a importância do tema tratado nestas páginas, pois a compreensão das causas e fatores condicionantes do conflito previdenciário ilustrarão as possibilidades e ferramentas necessárias à sua adequada solução por todos os agentes sociais envolvidos nessa questão.

2 PERFIS DO CONFLITO PREVIDENCIÁRIO

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

Essa dupla perspectiva corresponde à dupla mobilização que o sistema jurídico propicia àqueles que comparecem perante os Tribunais (CAMPILONGO, 2012, p. 65-66): 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 vigor.

Nos tópicos seguintes, analisaremos destacadamente cada uma destas vertentes.

2.1. 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/executado.

Esse tipo de pretensão se insere na 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. O que 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, p. 106-107).

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 (de modo geral, o desrespeito à legalidade) decorre do histórico e características burocrático-autoritárias do INSS, que se prende ao autoritarismo que é muito presente nas relações sociais brasileiras e nas relações entre Estado e indivíduos, cujos motivos e extensão não se pode aprofundar nesse espaço.

Podemos indicar alguns exemplos corriqueiros da pauta de legalidade: a negativa de atendimento nas agências do Instituto Nacional do Seguro Social (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 (como a hipótese de concessão de aposentadoria proporcional no lugar 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.

Esse 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 pormenorizada pela Lei 8.213/91, que é de 24.07.1991, e regulamentada em dezembro do mesmo ano, mas até meados de 1992 os benefícios não foram pagos desta forma aos trabalhadores rurais, que continuaram a receber menos de um salário-mínimo, sendo necessária grande pressão política para que a situação se normalizasse (BERWANGER, 2010, p. 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, p. 157-161). Nesta situação, relativa a benefícios temporários por incapacidade laboral, 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.

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, p. 130; TRICHES, 2012, p. 122-123).

Além destas hipóteses, podemos mencionar todos os casos de negativa de concessão de benefícios sob o argumento da falta de provas dos requisitos prescritos em lei, como tempo de contribuição e/ou de trabalho rural, incapacidade laboral ou demonstração do exercício de atividade especial, decorrentes de postura da autarquia previdenciária caçada em interpretação meramente literal das leis previdenciárias – desconsiderando princípios constitucionais e entendimentos consolidados nos Tribunais.

Em síntese, o que se identifica neste grupo de questões (*pauta de legalidade*) é que os segurados apenas querem fazer valer seus direitos previstos devidamente em normas jurídicas já existentes e descumpridas ou não efetivadas pelo INSS. Não é criticada a *validade do direito*; muito ao contrário, exige-se seu efetivo cumprimento.

2.2 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 oferece impugnação ao próprio ordenamento jurídico válido, pretendendo que algumas normas previdenciárias sejam substituídas por outras.

Uma das causas do excesso de litigiosidade contra o INSS deriva justamente da interpretação legal que se prende à literalidade exegética, olvidando de outros métodos hermenêuticos possíveis (VAZ, 2012, p. 33). Por sua vez, outros atores sociais produzem outras formas de hermenêutica jurídica, mais abertas que a legalidade estrita.

As *pautas previdenciárias interpretativas* podem ser compreendidas com base no argumento (FARIA, 1992, p. 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, implicando, em termos práticos, no exercício de controle judicial do enorme aparato administrativo-

burocrático necessário à realização das políticas e serviços públicos (CAPPELLETTI, 2008, p. 384-385).

Essa utilização do Poder Judiciário se torna mais aguda à medida em que se considera 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 (FARIA, 1992, p. 103-106).

Dividimos a pauta interpretativa do conflito previdenciário 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.

2.2.1 Interpretação constitucional dos direitos previdenciários.

A pauta interpretativa do conflito previdenciário através do viés da interpretação constitucional das normas previdenciárias corresponde 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 Constituição (HÄBERLE, 2002), e respeitar as premissas de pluralismo jurídico e multiculturalismo dos direitos humanos.

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, p. 42-44).

Esse sub-quesito comporta também toda a problemática a respeito da omissão no dever constitucional de regulamentação de direitos fundamentais previdenciários, o que pode ser exemplificado com a precariedade e lentidão no caso da regulamentação do benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal (VAZ, 2011, p. 69), assim como no caso da aposentadoria especial dos servidores públicos, matéria ainda sem regulamentação expressa que está capitulada, atualmente, na Súmula Vinculante 33, do Supremo Tribunal Federal.

2.2.2 Interpretação utilitarista/economicista das normas previdenciárias.

Parcela da doutrina identifica que a jurisprudência previdenciária do Supremo Tribunal Federal (e também dos demais órgãos judiciários) 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, p. 58).

Muitas vezes o argumento utilitarista/economicista não é exposto, mas velado (SAVARIS, 2011: 161-163), passando pela aplicação do princípio constitucional da seletividade (art. 194, III, da Constituição Federal), 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), que é direcionada precipuamente ao legislador ordinário, não aos órgãos julgadores.

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, todos da Constituição Federal), deixando de se tornar mera ponderação ou subjetivismo judicial (SAVARIS, 2011, p. 215). Passando a valer como vetor constitucional interpretativo das questões previdenciárias, a regra da contrapartida se contrapõe frontalmente ao viés da interpretação constitucional ampliadora de direitos examinado no tópico anterior.

Outra vertente que encontramos nesse campo é a restrição do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, 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, p. 40-47). Uma leitura que fulmina a ideia de proteção social considerada como direito fundamental decorrente da noção de cidadania, retrocedendo-a à mera concepção sinalagmática.

Nesse segmento do conflito previdenciário também encontramos o argumento de insuficiência orçamentária e da *reserva do possível*. Há, desde aqueles que ignoram completamente o argumento econômico, até aqueles outros que praticam um verdadeiro terrorismo econômico, utilizando o 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, p. 117-137).

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, p. 33, 54, 62-67), buscando justificar 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, p. 130-142).

Em termos de hermenêutica jurídica, a visão economicista corresponde a um retrocesso, em que o órgão julgador volta a ser considerado mera “boca da lei”, privado da faculdade de fazer evoluir o ordenamento jurídico. Entretanto, o critério economicista/utilitarista deve 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, p. 172-173).

Por fim, é importante assinalar que a preocupação orçamentária é dificuldade *extrínseca* à Previdência Social. 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, p. 113; LEITE, 1981, p. 19).

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

A Teoria Geral do Direito é vinculada e foi elaborada a partir do Direito Privado, cuja lógica predomina sobre as estruturas jurídicas (FARIA, 1992, p. 82-84; MIAILLE, 2005, p. 18-20). Entretanto, a aplicação de muitas de suas categorias 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, consiste na revisão de certos postulados da Teoria Geral do Direito em relação a este campo normativo.

As concepções de *direito adquirido* e *ato jurídico perfeito*, por exemplo, 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 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.

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

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* a mera faculdade que ainda não ingressou 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, p. 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 previdenciária, esse panorama revela-se complexo e por vezes perverso.

Os *direitos expectados* ficam a meio caminho entre os *direitos adquiridos* e as meras *expectativas de direitos*, sendo diferente de ambos. Esse conceito 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, p. 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 inconstitucional. Há inadequação das rupturas abruptas no regime previdenciário, constituído por relações de trato longo e sucessivo, sendo necessário esse ponto de equilíbrio atrelado às regras de transição (BARROSO, 2012, p. 101-102).

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., 2014).

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-doença (SAVARIS, 2014, p. 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, p. 240).

3. INSUFICIÊNCIA DO DIREITO NA SOCIEDADE MODERNA: RAIZ MAIS PROFUNDA 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 afeta 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 pós-industrial há gigantismo do legislador (inflação legislativa) 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, p. 07-08). A atividade clássica do juiz (aplicação da lei) vem sendo superada pela tarefa de completar o arco monogénético, dentro de um fenómeno mais amplo de nomogênese compartilhada: além do Poder Legislativo há uma profusão de órgãos que produzem o Direito (MANCUSO, 2011, p. 68-71).

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, p. 08-12; 384-385).

As inúmeras possibilidades do sistema jurídico que existem na sociedade moderna 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 impõe grandes dificuldades à regulamentação jurídica. Podemos sumarizar esses elementos da seguinte forma (FARIA, 1992: 24, 34-35, 54-58, 173-174):

- 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.

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, p. 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, p. 73, 84).

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, p. 21-22). 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.

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, p. 652-653; SAVARIS, 2011, p. 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, p. 182-190).

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, p. 296-297).

Esse padrão jurídico-positivista, calcado no formalismo 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, p. 313-315, 320), algo incompatível com o contexto social típico daqueles envolvidos no conflito previdenciário.

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, p. 182-183).

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-industrial (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 indústrias (FREITAS JR., 2011, p. 176-178).

Esse quadro dificulta a cobertura dos sistemas de proteção social (NEVES, 1993, p. 19). 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, p. 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), o que demonstra a inadequação de um sistema previdenciário pautado exclusivamente na acumulação de reservas (NITSCH, 2004, p. 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, p. 12-14).

CONCLUSÕES.

O *conflito previdenciário*, como demonstramos, não corresponde apenas ao grande volume de demandas ajuizadas na Justiça Federal (ou na jurisdição comum) visando a concessão ou revisão de benefícios previdenciários.

Não se pode admitir a ideia de que os segurados procuram em excesso o sistema judicial, congestionando-o, ou que há indevido ativismo judicial nesse campo.

Os motivos para a existência do enorme contingente de ações judiciais previdenciárias em todo o judiciário brasileiro residem em dois fatores primordiais: o descumprimento da norma previdenciária pelo próprio órgão responsável por seu cumprimento (INSS) e, de outra parte, a pretensão de alteração e aprimoramento da legislação previdenciária, através da adoção de outros critérios hermenêuticos.

O Poder Judiciário vem demonstrando *incapacidade institucional* para lidar com essas pretensões, dando margem a uma certa crise, crise numérica (os processos que se

avolumam nos escaninhos) e crise de efetividade (dificuldade de fazer progredir a legislação previdenciária, em consonância com a realidade social).

Além de investir no aparato judicial, nas reformas processuais e nas melhores práticas de gestão processual, deve-se também atentar para a alteração da normatividade previdenciária ou na transformação de sua hermenêutica, adequando-a à realidade brasileira e aos novos e complexos fatores que caracterizam a sociedade moderna, pós-industrial.

Também se destaca a necessidade de nova postura por parte da Administração Pública, no caso, da autarquia responsável pela gestão do Regime Geral de Previdência Social.

Apenas tratados adequadamente estes fatores, que identificamos como as raízes do conflito previdenciário, é que se obterá saudável fruto: a diminuição da excessiva litigiosidade previdenciária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2007.

BARROSO, Marcelo. **Direitos Previdenciários Expectados – a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Previdência Rural – inclusão social**, 2 ed., Curitiba: Juruá, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro (cord.). **Processo, ideologias e sociedade**, vol. I. trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

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.

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.

FRANÇA, Giselle de Amaro e. **O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias**. São Paulo: LTr, 2011.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. **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.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (org.). **Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Procedimento jurídico do Estado intervencionista**. Revista dos Tribunais. São Paulo. a. 64, dez. 1975, v. 482, p. 11-17. 1975.

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.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 5 ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

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.). **A crise da Previdência Social**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

NEVES, Ilídio das. **A Segurança Social Portuguesa – problemas, realidades e perspectivas**. Lisboa: ISPI, 1993.

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.

PASSOS, Fábio Luiz dos. **Previdência Social e Sociedade Pós-Industrial**. Curitiba: Juruá, 2013.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Poder e política – crônica do autoritarismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

SAVARIS, José Antonio. **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.

SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social como direito fundamental material**, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2011.

_____ **Desaposentação – novas perspectivas teóricas e práticas**, 5ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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.

VAZ. Paulo Afonso Brum. **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.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, 3 ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.