

Existe um Direito Processual para a Previdência Social?¹

Eduardo José da Fonseca Costa é juiz federal e doutor em Direito (PUC/SP). Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro).

Lúcio Delfino é advogado, pós-doutor em Direito (Unisinos) e doutor em Direito (PUC-SP). Membro-Fundador da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro).

Newton Pereira Ramos Neto é juiz federal e doutorando em Direito (PUC/SP). Membro-Fundador da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro).

Em recente decisão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça definiu que, nas demandas previdenciárias, a ausência de prova material da condição de trabalhador rural conduz à extinção do processo *sem resolução de mérito*, ensejando, pois, a possibilidade de nova propositura da demanda. O precedente assume grande importância no âmbito do novo sistema processual, dado seu efeito vinculante decorrente do art. 927, III e V, do CPC/2015.

O acórdão foi publicado dia 28/04/2016, com a seguinte ementa:

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO No. 8/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL APTA A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPROPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO. 1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os

¹ Trata-se de versão ampliada de artigo originalmente publicado na Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-16/existe-direito-processual-previdencia-social>>.

seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários. 2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado. 3. Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas. 4. A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia à função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; sendo certo que o trabalhador rural, durante o período de transição, encontra-se constitucionalmente dispensado do recolhimento das contribuições, visando à universalidade da cobertura previdenciária e a inclusão de contingentes desassistidos por meio de distribuição de renda pela via da assistência social. 5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a conseqüente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa. 6. Recurso Especial do INSS desprovido. (REsp 1.352.721/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, julgado em 16/12/2015, DJe 28/04/2016).”

Na doutrina processual, há importante debate acerca dos efeitos da sentença de improcedência em razão da ausência de provas. O entendimento tradicional é no sentido de que a sentença de improcedência sempre induz à formação de coisa julgada, não tendo o sistema feito distinção no tocante ao fundamento da decisão. Para alguns, todavia, considerando que esse mesmo sistema não regulamentou *expressamente* os efeitos da sentença de

improcedência *por insuficiência de provas*, a decisão final que não acolhe o pedido, quando fundada nesse motivo, não forma coisa julgada material². Isto porque a improcedência propriamente dita somente poderia se escorar em juízo negativo de certeza, o que não ocorre na hipótese mencionada (mero estado de dúvida). Secundariamente, discute-se se essa solução pode ser adotada *de lege lata*³ ou apenas *de lege ferenda*⁴.

O debate, pois, está a princípio centrado em um aspecto científico, que se refere aos conceitos de “juízo de mérito” e de “coisa julgada”. O precedente que se pretende examinar, todavia, parte de uma fundamentação sociológica que, como se verá, constitui risco para a construção de um processo verdadeiramente democrático.

A tese central do julgado tem como *leitmotiv* possíveis “peculiaridades das demandas previdenciárias”, e sua base seria “o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.” Daí a razão pela “qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais.” Subjacente a este discurso está a ideia do juiz como “tutor” da parte hipossuficiente, com a função de colmatar as deficiências da defesa técnica feita pelo advogado, pretensamente menos habilitado para tal

²A expressão coisa julgada formal, estranha ao ordenamento jurídico-positivo vigente, é objeto de severas críticas na doutrina, que considera tratar-se o fenômeno de uma simples espécie de preclusão (Essa é a posição de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 200 e ss.). Sob outra perspectiva, parte da doutrina defende que a coisa julgada formal refere-se à autoridade que torna indiscutível e imutável as decisões de conteúdo processual, enquanto que coisa julgada material alude às decisões de mérito. (Nesse sentido, MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. Vide especialmente o Capítulo 4 em sua integralidade.)

³SOUZA, Gelson Amaro de. A falta de prova e a falsa coisa julgada. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 93, p. 36:51. São Paulo: Dialética, dezembro, 2010. RODRIGUES, Daniel Conalço; SOUZA, Gelson Amaro de. Ausência de provas e a falsa improcedência no processo civil. *Improcedência*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 49-61. brasileiro.

⁴Esse o pensamento de Eduardo José da Fonseca Costa: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *RPDPRO*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, ano 23, n. 90, abr./jun. 2015.

tarefa do que o órgão responsável pela distribuição de justiça. Em nome do direito dos mais “fracos”, assume o Judiciário o papel de superego da sociedade⁵ e transige-se com o direito do réu, que também exerce pretensão na relação processual⁶.

A ideia de um “Direito Processual Social” é tributária da concepção publicística de processo, que se forjou sob as bases de uma reação ao individualismo do Estado liberal. A figura de juiz inerte e passivo serviria apenas aos propósitos da dominação política, uma vez que o formalismo excessivo fomentaria a manutenção do privilégio de classes. Daí que o incremento do papel do juiz na direção do processo tornar-se-ia necessário com vistas à descoberta da verdade e efetiva distribuição de justiça (papel salvacionista do Estado, com nítida inspiração marxista, fundada na desconfiança das garantias individuais como mecanismo suficiente de asseguramento da igualdade). O ponto alto dessa concepção parece ser a defesa de amplos poderes instrutórios do magistrado, que vai se convertendo em um dogma, sob a crença de que o publicismo é um traço imanente do processo⁷.

Tal visão, formada a partir da ideia da instrumentalidade do processo ao longo do Século XX, sedimentou-se firmemente na cultura processual

⁵MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov 2000.

⁶SILVA, Blecaute Oliveira. O autor pede... o réu também! Ou da improcedência como procedência. *Improcedência*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 49-61.

⁷Como ressalta um dos autores do presente texto: “No Brasil, porém, é ainda diminuto o grupo de juristas que se opõem a esse estado de coisas. Aqui, o juiz superpoderoso não só é tolerado como vangloriado. Contudo, essa exaltação deve-se mais a uma cultura inercial que a uma escolha refletida. Até agora, são poucos os processualistas que se debruçam sobre as perigosas implicações das iniciativas judiciais probatórias. Talvez isso explique a passividade com o qual se aceitam em nosso país excentricidades como as teorias das *cargas probatórias dinâmicas*, da *parcialidade positiva do juiz* e do *cooperativismo processual*. Afinal, não há por essas bandas alicerces dogmático mínimo para imprimir-se uma contraforça a essas doutrinas autoritárias. Tudo se passa como se pairasse sobre o ativismo judicial probatório o mais absoluto consenso. Não sem razão essas doutrinas são muitas vezes defendidas por autores que não dialogam criticamente com a nata do garantismo processual. Isso acaba gerando um conhecimento unilateral de baixa densidade científica. Daí a necessidade constante de realimentar-se o debate entre ativistas e garantistas.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *RPDPro*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, ano 23, n. 90, abr./jun. 2015.

brasileira, em especial após a obra de Cândido Rangel Dinamarco (“A instrumentalidade do processo”, 1987).⁸ A partir daí se concebe uma diretriz voltada à flexibilização da técnica processual em prol de um suposto direito absoluto de descoberta da verdade, tudo a partir de uma “parcialidade positiva”. A retomada do debate crítico, com foco nas deficiências do modelo ativista, dá-se em época mais recente, especialmente na Espanha e na Itália, espalhando-se para a América Latina⁹, cujos expoentes mais conhecidos são Juan Montero Aroca, Franco Cipriani e Adolfo Alvarado Velloso.

Como toda obra humana, é inegável que o fenômeno processual é dotado de forte caráter ideológico. Pensar-se em um processo asséptico é puro romantismo destituído de análise da realidade subjacente. Contudo, é preciso questionar se a diretriz ideológica do processo está adstrita às escolhas do legislador¹⁰ ou se cabe ao magistrado, manipulando as formas adrede concebidas, atribuir ao processo uma função estranha àquelas escolhas. Aqui desponta o problema da discricionariedade, revelado por uma postura que se dirige à modificação do sentido do texto normativo para a realização de valores¹¹, convicções e ideologias pessoais¹². Nessa seara, surge a questão da chamada “decisão orientada por seus resultados”, na qual o

⁸ Para uma crítica à instrumentalidade do processo: LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008.

⁹No Brasil a temática fora introduzida com vigor por Glauco Gumerato Ramos: RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação de debate*. RBDPro, Belo Horizonte: Ed. Fórum, n. 70, p. 83-102.

¹⁰ Em nosso sistema, várias são as diretrizes legislativas em prol da correção de desigualdades materiais. São exemplos: a) assistência judiciária gratuita; b) distribuição dinâmica do ônus da prova; c) concessão de poderes formais de direção do processo pelo juiz; d) concessão de poderes instrutórios; e) legitimação extraordinária; f) modificações de competência; g) procedimentos diferenciados; h) controle sancionatório da litigância de má-fé.

¹¹ A confusão de direitos com valores, decorrente do exame axiológico do fenômeno jurídico, reduz o caráter deontológico dos direitos, submetendo-os a um juízo de ponderação fundado nas consequências fáticas de sua realização (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*, v. I, p. 314-323). Essa estratégia interpretativa, que considera a Constituição como uma “ordem objetiva de valores”, afasta a dimensão de validade binária das regras jurídicas – válidas ou inválidas -, que passam a ser “relativizadas” em nome de fins constitucionais extremamente intangíveis.

¹² Por todos, merece destaque Lenio Luiz Streck em sua cruzada incansável contra o ativismo judicial e seus males.

jugador, após escolher subjetivamente uma dada solução jurídica, busca elementos que possam sustentar a opção eleita.

A corrente instrumentalista do processo acredita na “juristocracia” como fenômeno capaz de corrigir mazelas sociais¹³. Mesmo apostando na capacidade dos juízes de construírem decisões “justas” a partir da apropriação das “expectativas sociais”, nem mesmo Dinamarco advogou explicitamente a tese da desconsideração dos ônus e deveres processuais tipificados na ordem jurídica como forma de realizar a justiça. A defesa da relativização dos critérios científico-processuais em nome da realização de uma finalidade pouco palpável reduz sensivelmente todo o esforço da ciência voltado à racionalidade. Em uma única penada, sufoca também parte da luta do liberalismo para a construção do Estado de Direito e de limites ao exercício despótico do poder.

Sem ingressar no mérito das opções legislativas no tocante a um modelo liberal ou social de processo¹⁴, é importante ver que mesmo as iniciativas processuais autorizadas pelo legislador não vão ao ponto de permitir a criação de um processo *ad hoc* para cada direito material que o juiz, numa compreensão subjetiva, pretenda realizar. Noutras palavras, mesmo em tais circunstâncias é preciso considerar o texto legal como ponto de partida¹⁵. Hipóteses de correção da vulnerabilidade processual podem ser

¹³ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *RePro*, 242, abr./2015. p. 21-47.

¹⁴ Com efeito, essa escolha, a partir de premissas extremadas, pressupõe uma separação rígida entre autoritarismo e liberalismo, o que nem sempre se revela claro no âmbito de uma determinada cultura jurídica. É possível inclusive pensar-se em um modelo alternativo, que compartilhe elementos característicos de ambas as visões, preservando-se sempre as notas essenciais do processo democrático contemporâneo. Nessa linha pretende caminhar o modelo cooperativo de processo, à luz da redução do protagonismo judicial, embora os riscos de uma má interpretação possam potencializar posições autoritárias na condução do procedimento, violando inclusive a imparcialidade que se exige do juiz.

¹⁵ Como adverte Lenio Streck, com apego à hermenêutica filosófica, “se queres dizer algo sobre um texto, deixe que este te diga algo antes”. Consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

pensadas *de lege ferenda*, mas não podem ser impostas por um modelo decisionista de interpretação jurídica.

Daí os adeptos do garantismo considerarem que o chamado socialismo processual flerta com o autoritarismo. Aliás, uma postura autoritária não se limita às investidas do Estado em face do cidadão. Ela também pode surgir a partir de comportamentos jurídicos relevantes do cidadão em face do Estado, já que este deve representar o corpo social coletivamente considerado. Flexibilizar regras em nome da realização de “valores constitucionais” significa, em verdade, permitir a manipulação do processo para a realização de aspirações políticas – como é a correção das desigualdades sociais – que, conquanto legítimas, possuem foro adequado de deliberação.

A aposta na discricionariedade, por outro lado, recrudescer a insegurança jurídica, já que o ativismo pode ser “progressista” ou “conservador”. Juízes liberais encontrarão soluções diferentes de juízes socialistas, o que depõe contra a ideia de integridade do Direito positivada na ordem jurídica em vigor (art. 926, CPC/2015). A essência da democracia, na realidade, está na tomada de decisões coletivas por instituições que, no âmbito de seus procedimentos, adotem um ideal de igual consideração e respeito por todos os indivíduos. Essa é a única solução que pode efetivamente atender aos objetivos de coerência e aceitabilidade racional das decisões judiciais perante a comunidade política.

A autonomia do processo, nesse cenário, surgiu como uma necessidade de que este, em si mesmo, seja garantia do cidadão ao devido processo legal – leia-se, procedimento legal e previamente estabelecido em contraditório como *condição de possibilidade* para a prestação da tutela jurisdicional. Justiça, pois, não se realiza sem segurança jurídica. De nada adianta puxar o cobertor para aquecer a cabeça e com isso deixar os pés nus. Se é possível falar em um “direito processual previdenciário”, moldado pelas

mãos de cada magistrado, o que impediria o surgimento de um “direito processual penal contra a corrupção”, ou mesmo um “direito processual eleitoral contra o abuso de poder”? Em nome de “valores” também abrigados na Constituição, seria possível manipular o sistema na lógica de que *fins justificam meios*, em apego a uma ética consequencialista que faria inveja a Jeremy Bentham.

É dizer, hoje esse modelo de ativismo é utilizado para o “bem” (“realização dos direitos da Seguridade Social”). Amanhã, a abertura do campo interpretativo para um forte viés axiológico poderá ser usada para fins inimagináveis. Já devia estar claro que a categoria dos *atos supererrogativos* é terreno de santos e heróis (que possuem senso pessoal de deveres morais), não de julgadores. E não se está aqui meramente a conjecturar, porquanto a cada reforma legislativa processual ingressamos mais intensamente num sistema de precedentes obrigatórios – na *ratio decidendi* do julgado ora criticado pode estar o ovo da serpente para toda sorte de modulações (e desrezos) procedimentais, bem como de atentados ao devido processo legal.

Em reforço, é preciso refletir acerca de outras consequências que advirão como resultado da decisão ora criticada, como por exemplo os fatos de que ela: i) incita *litigância lotérica*, pois de prova “nova” em prova “nova” tantas serão as ações quantas necessárias à obtenção do benefício (uma espécie de buraco sem fundo); ii) incita *litigância insequente*, uma vez que a sucessão de tentativas não onerará o autor, que costumeiramente beneficia-se da justiça gratuita; e iii) abre as portas para outros hipossuficientes (alimentados, mutuários, locatários urbanos, trabalhadores, arrendatários rurais etc.).

Nesse sentido, reconhece-se o valor científico da discussão acerca da inexistência de julgamento de mérito na sentença que deixa de acolher o

pedido em virtude da deficiência probatória, embora não seja esta a solução positivada pelo art. 487, I, do CPC/2015 – no Brasil, a lei só admite coisa julgada material *secundum eventum probationis* no âmbito do processo coletivo –, lembrando a possibilidade, desde que haja enquadramento legal, do manejo da ação rescisória¹⁶ (menos agressivo seria admitir a rescindibilidade da improcedência por falta de prova, lendo-se extensivamente o art. 966, VII, do CPC/2015). Porém, considerar que não há formação de coisa julgada em razão da “relevância” do direito material discutido, numa lógica concebida à revelia do legislador, constitui solução de duvidosa constitucionalidade, capaz de fomentar exatamente o autoritarismo que o garantismo processual civil insiste em combater.

Em um sistema legal delineado para fazer prevalecer a força dos precedentes judiciais, é prudente ter em mente que uma decisão judicial hoje supostamente dotada de “boas razões” sempre traz consigo o perigo concreto de escorregadelas incontroláveis ladeira abaixo. Há risco manifesto, enfim, de a jurisdição transmudar-se, em tais casos, num exercício de assistência social. Não nos esqueçamos da sabedoria contida naquela fábula

¹⁶ Nesse sentido, aliás, já decidiu o STJ também julgando matéria previdenciária: “Previdenciário. Aposentadoria por idade. Ajuizamento de ação anterior. Pedido julgado improcedente por insuficiência de provas. Juízo de mérito. Precedentes do STJ. Ajuizamento de nova e idêntica ação de rito ordinário com a juntada de documentos. Impossibilidade. Óbice de coisa julgada material. Via adequada para desconstituição. Ação rescisória. Art. 485, caput, do CPC. Recurso especial improvido. 1. Dúvida não há, portanto, de que a insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido, não a extinção do processo sem julgamento do mérito. Se o autor não consegue provar o fato constitutivo de seu direito, deverá sofrer as consequências da ausência ou insuficiência de provas, que invariavelmente será a improcedência de seu pedido, nos termos do art. 269-1, CPC. Em outras palavras, não provado o direito postulado, o julgador deve negar a pretensão, que ocorrerá com o julgamento de mérito do pedido (REsp 330.172/RJ). 2. A reversão de julgamento de mérito acobertado pela autoridade da coisa julgada material, nos termos da sistemática processual civil em vigor, reclama o manejo de competente ação rescisória, *actio* autônoma, a teor do art. 485, caput, do CPC. 3. Recurso especial improvido.” (STJ, REsp 873884/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves, Quinta Turma, julgado em 02/03/2010).

árabe que ilustra, com perfeição, as implicações sofridas pelo viajante que autorizou seu camelo a aquecer o focinho gelado no interior da sua tenda ...¹⁷

¹⁷ Um homem e seu camelo cruzavam o deserto. Já noite, quando a temperatura caiu, armada a tenda, o camelo pediu ao homem refúgio, pois sentia muito frio. Mesmo diante da negativa, o bicho insistiu. Relutante, o viajante consentiu e o focinho do camelo logo se aqueceu. Como a temperatura continuava a cair, o animal, de pouco em pouco, foi se colocando dentro da tenda. No fim, como havia espaço apenas para um, o viajante acabou sendo expulso para fora, obrigado a passar a noite no frio, a ponto de quase não sobreviver.