

# O Direito Previdenciário no Neoconstitucionalismo e no Neoprocessualismo: a necessidade de precedentes vinculativos no processo previdenciário

**Autor: Eduardo Brol Sitta**

Advogado, Especialista em Direito Processual Civil pela IMED e em Direito Previdenciário pela UPF

publicado em 31.10.2011

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

## Resumo

O presente artigo buscará elucidar as influências do Neoconstitucionalismo no Direito Previdenciário. Esta fase pós-positivista tem como viés a força normativa da Constituição, proclamando-se direitos substantivos ao cidadão, e não apenas um constitucionalismo regulador de procedimento e organização do poder, além de uma maior aproximação do Direito a valores morais, com um aumento da normatividade dos princípios.

Dentro desse contexto surge também o Neoprocessualismo, no qual o juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e pela nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual (*status activus processualis*).

Assim sendo, o Neoconstitucionalismo e o Neoprocessualismo são o ponto de partida para uma nova visão do Direito Previdenciário nos dias atuais. Assim, as questões atinentes aos benefícios previdenciários seguem uma nova hermenêutica tanto no que refere ao direito material quanto em matéria processual. Tal evolução também requer uma nova mudança, qual seja, o fortalecimento dos precedentes no direito previdenciário. Isso porque não se pode mais tolerar decisões diferentes para casos iguais.

Com isso, busca-se a construção de decisões fortalecedoras dos direitos dos cidadãos, ao passo que, no momento em que reiteradas por órgãos colegiados pela *ratio decidendi*, se tornem vinculativas, mediante o *stare decisis*, permitindo, dessarte, a segurança jurídica, além da tutela dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Precedentes. Segurança jurídica.

**Abstract:** *This paper will seek to elucidate the influences of neoconstitutionalism in Social Security Law. This post-positivist bias is the normative force of the Constitution, proclaiming the substantive rights to citizens, not just a regulator of constitutionalism procedure and organization of power, and a greater approximation of the moral law, with an increase in normativity of principles.*

*Within this context there is also "Neoprocessualismo", in which the judge, rather than active, must be cooperative, as require a model of participatory democracy and the new logic that informs the judicial discussion, these ideas form part of a new concept of procedural citizenship (activus procedural status).*

*Thus, neoconstitutionalism and "Neoprocessualismo" are the starting point for a new vision of the Social Security Law today. Thus, issues relating to social security benefits follow a new hermeneutics both as regards*

*substantive law and in procedural matters. Such development also requires a new shift, namely the strengthening of precedents in social security law. This is because we can no longer tolerate different judgments to similar cases.*

*Consequently, it seeks to build empowering decisions of citizens' rights, while at the time repeated by the ratio decidendi collective bodies, to become binding, through stare decisis, allowing, thus, legal certainty, beyond protection of fundamental rights.*

**Keywords:** Fundamental rights. Legal security. "Neoconstitutionalism". Neoprocessoalismo. Precedent.

### Considerações Iniciais

O direito previdenciário e o processo civil contemporâneo, na perspectiva dos direitos fundamentais, devem ser estudados dentro do Neoconstitucionalismo.

Tendo em vista que a Constituição é fonte em que todos os demais ramos do direito encontram sua morada, se torna evidente que algumas concepções clássicas acerca do direito processual imbricado em formalismos desnecessários, ou formalismo excessivo,<sup>(1)</sup> e em concepções privatistas e liberais, precisam ser aprimoradas. Adentra-se em um modelo de processo civil com a valorização de tutelas diferenciadas relacionadas às técnicas processuais adequadas,<sup>(2)</sup> com uma profunda relação de interdependência com o direito material com vistas a uma tutela efetiva e não meramente formal ou abstrata do direito. Isso se torna mais evidente ao tratarmos de questões envolvendo benefícios previdenciários, meios de subsistência de seus beneficiários. Assim, partindo dessa nova concepção, será prestada uma tutela jurisdicional adequada e efetiva em uma sociedade democrática e pluralista, por meio do **devido processo legal**, como forma de controle do correto exercício do poder de julgar, contra arbitrariedades do Estado e afronta aos direitos fundamentais.

Nesse ponto, optou-se pela escolha de temas específicos para objeto de debate. Assim, questiona-se o atual papel do Estado-Juiz na produção da **norma de decisão**<sup>(3)</sup> em matéria previdenciária, tendo em vista a força dos princípios inerentes àquela nova interpretação pós-positivista da Constituição, dando ensejo ao processo cooperativo, fase melhor definida como "Neoprocessoalismo". E, ainda, a **força dos precedentes** no direito processual previdenciário,<sup>(4)</sup> típicos da *Common Law*, em um sistema codificado, de *Civil Law*, no qual, como se demonstrará, a tradição brasileira possui um **sistema jurídico híbrido** em que se fazem presentes os controles difuso e concentrado de constitucionalidade a repercutir, sobremaneira, no processo civil, a exemplo do que estabelecem os artigos 557, *caput*, 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Com efeito, o grande cerne da questão é não mais admitir que casos iguais tenham decisões diferentes no ordenamento jurídico, principalmente em se tratando de matéria previdenciária, sob pena de se afrontar a segurança jurídica.

Nesse contexto, diante de tais questões postas, como o Estado-Juiz, dentro de sua atuação no processo civil na atual conjuntura constitucional, em especial no processo previdenciário, deverá enfrentar tais indagações? É sobre o que passamos a discorrer.

### O Neoconstitucionalismo

Imperioso se faz destacar o surgimento do Constitucionalismo para darmos seguimento à concepção do então Neoconstitucionalismo. Com efeito, parte-se do Estado de Direito de concepções liberais, de liberdade política e de limitação do poder.

Canotilho sintetiza muito bem esse momento do Estado Liberal como "teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado

indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.(5) Ou seja, o Estado só é constitucional e racionalmente constituído, consoante lição de Miranda, “desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos”.(6) Tal ideia é fortalecida no art. 16 da Declaração de 1789: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Tal momento histórico do Estado Moderno reflete a preponderância do Poder Legislativo, em sua esmagadora maioria composta por representantes da burguesia, tendo em vista a desconfiança advinda do “*ancien régime*” monárquico e absolutista. Tem-se aqui a visão negativa dos direitos fundamentais de primeira dimensão, cuidando-se dos direitos civis e políticos do cidadão e da não ingerência por parte do Estado em sua vida privada.

Imperioso referir, dentro do tema abordado, o marco da superação de uma Constituição política, para um texto supremo dotado de eficácia normativa.(7) O fato é que, lembra Sarmento, “para se compreender o Neoconstitucionalismo, vale percorrer, de formas sintética e panorâmica o processo histórico que ensejou o seu advento. Essa trajetória corresponde a fenômenos que ocorreram na Europa Ocidental, a partir do segundo pós-guerra”.(8) O marco constitucional do novo direito constitucional foi nesse período, especialmente na Alemanha e na Itália, ao passo que no Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar, assinala Barroso.(9)

Nesse sentido, é na história constitucional alemã, a partir da Lei de Bonn de 1949, que se parte da verdadeira revolução paradigmática do sentido e do alcance das normas constitucionais. Assim, se adentra em alguns aspectos históricos do Tribunal Constitucional alemão, instalado em 1951, (*Bundesverfassungsgericht*), após o final da Segunda Guerra Mundial, principalmente quanto à Constituição como ordem objetiva de valores.

Nesse contexto, como bem esclarece Leal, um dos fatores mais marcantes na atuação do *Bundesverfassungsgericht* foi sua capacidade construtiva no sentido de fortificação e consolidação dos direitos fundamentais, tomando-se como referência a noção de dignidade humana.(10)

Essa concepção da Constituição como ordem de valores tem seu marco a partir de importante decisão do *Bundesverfassungsgericht* referente ao caso Lüth.(11)

A decisão no caso Lüth fez com que o *Bundesverfassungsgericht* formasse o entendimento de que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, isto é, caracterizam-se, ao mesmo tempo, pelo caráter subjetivo e objetivo, sendo que dessa perspectiva decorre a *Ausstrahlungswirkung* (eficácia de irradiação), na medida em que a dimensão objetiva fornece diretrizes para a aplicação e interpretação de todo o direito infraconstitucional,(12) ou ainda, uma irradiação dos direitos fundamentais para todo o ordenamento jurídico, inclusive abrangendo atos de particulares (eficácia horizontal).

Nesse diapasão, o reconhecimento dos valores constitucionais para todo o sistema jurídico inaugurou a fase do **Neoconstitucionalismo**, que, como bem sintetiza Cunha Júnior, “proporcionou o florescimento de um novo paradigma jurídico: o Estado Constitucional de Direito”,(13) ou ainda, como destaca Comanducci, “*si adopta el modelo axiológico de Constitución como norma*”.(14)

Instaura-se a corrente da teoria crítica do positivismo em expoentes juristas como Zagrebelsky, ao ponto de o mesmo afirmar que “*El Estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental*”.(15)

Imperioso referir nesta fase que “a jurisprudência de valores” do

*Bundesverfassungsgericht* não é imune a críticas no sentido de um ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.

Contudo, inegável a contribuição acerca do alcance da realidade do texto maior. Inicia-se também a concepção da força normativa dos princípios revestidos de elevada carga axiológica. A ideia do pós-positivismo, pois, é marco filosófico do Neoconstitucionalismo.(16)

É de ser relevada a doutrina de Dworkin(17) e Alexy,(18) no sentido de afirmarem uma conexão necessária entre Direito e Moral, além, indiscutivelmente, da enorme contribuição acerca do estudo de **regras e princípios**. Não abordaremos no presente estudo um aprofundamento da teoria completa dos renomados autores.

Imperiosa a síntese de Barroso acerca dessa nova fase constitucional:

“O Neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional, na acepção desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados: (i) como **marco histórico**, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como **marco filosófico**, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e Ética; (iii) como **marco teórico**, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.”(19)

Um aspecto importante a ser constatado com o advento do Neoconstitucionalismo, cuja matriz filosófica é o pós-positivismo, é o fato de que se percebeu que o legislador pode formular o texto, mas não é dono absoluto do sentido que esse texto legal passa a ter quando analisado pelo intérprete. Ou seja, texto e norma não se confundem. Na precisa lição de Ávila, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.(20) Portanto, texto e norma não se confundem, ao passo que regras e princípios são espécies do gênero norma. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal faz uso dessa distinção constantemente, a exemplo do uso hermenêutico da interpretação conforme e da declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Nesse sentido, no STF, recentemente, quanto ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, novoto proferido pelo relator, Min. Ayres Britto, deu-se a interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

Consoante lição de Marinoni, “a verdade é que o pleno conhecimento do direito legislado não apenas é impossível, mas igualmente dispensável para a previsibilidade e para a tutela da segurança”.(21) Ora, na doutrina pós-positivista jamais se pode imaginar que o legislador cria o texto e a norma. Cabe ao intérprete dar sentido aos textos e alcançar a norma jurídica na realidade do direito posto à sua análise. Com efeito, a previsibilidade depende da interpretação judicial, ou seja, da norma de decisão e, por consequência, a segurança jurídica está ligada à decisão judicial, e não à norma jurídica em abstrato.(22)

Portanto, o pensamento de matriz liberal de vincular o juiz à lei, tendo em vista o mito de que o legislador produz o texto e o sentido do texto, cai por terra. Com isso, tendo em vista não mais existir a possibilidade de uma atuação restrita do juiz à lei, e tendo em vista a abertura hermenêutica oriunda do Neoconstitucionalismo, a existência de cláusulas gerais e conceitos indeterminados nas leis e princípios, como alcançar a unidade do direito e sua coerência interna, por meio da igualdade de decisões judiciais, e por consequência a Segurança Jurídica? Não há, a

nosso ver, outra maneira a não ser adotar o sistema de precedentes vinculativos no direito brasileiro. No atual Estado Democrático de Direito não se pode mais admitir decisões diferentes para casos iguais. Não se pode mais tolerar tratar os iguais de forma desigual. Nesse ponto, interessante referir que a advertência de que a “lei é igual para todos”, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juizes nas salas do *Civil Law*, além de não mais bastar, constitui uma piada de mau gosto ao cidadão que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante.

Abordado de forma sintética acerca do Neoconstitucionalismo, adiante se abordará o direito fundamental à previdência social, para posteriormente explanar os aspectos do Neoprocessualismo, sua repercussão no processo civil e previdenciário, e a necessidade do fortalecimento dos precedentes.

### **O direito fundamental à previdência social**

Os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda dimensão, resultantes de movimentos reivindicatórios de direitos em um período de graves problemas sociais e econômicos. São, então, direitos prestacionais que englobam os direitos que permitem ao indivíduo exigir do Estado melhores condições de vida.

O referencial mais utilizado na classificação dos direitos fundamentais é a doutrina de Jellineck, na qual são diferenciadas as relações do indivíduo para com o Estado, muito bem explanada por Sarlet,(23) que juntamente com as teorias de Alexy e Canotilho desenvolveu uma classificação mais conectada com o ordenamento constitucional brasileiro.

Consoante referida doutrina, os direitos fundamentais são sistematizados em dois grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). Somado a isso, há um segundo grupo (dos direitos prestacionais), composto pelos direitos à prestação em sentido amplo (representando os direitos de proteção e os de participação na organização e procedimento), além dos direitos à prestação em sentido estrito (direitos fundamentais sociais).(24)

Fato, contudo, que é alvo de intensos debates no direito pátrio é a consideração da dimensão subjetiva aos direitos fundamentais sociais. Nesse norte, quando se fala em direito subjetivo, significa dizer que o titular do direito poderá exigir judicialmente o cumprimento da obrigação objeto da norma diretamente do seu destinatário. Tal direito, dentro do estudo proposto, deve ser vislumbrado na relação indivíduo e Estado.

Nessa quadra, interessante definição está em Andrade,(25) na qual “direito subjectivo implica um **poder** ou uma **faculdade** para a realização efectiva de interesses que são reconhecidos por uma **norma** jurídica como **próprios** do respectivo titular”.

Consoante lição de Olsen:

“Afinal, a efetivação da pauta social constitucional somente será viável se os direitos fundamentais sociais forem observados enquanto verdadeiros direitos subjetivos, capazes de vincular os poderes públicos à realização das prestações positivas correspondentes ao seu objeto.”(26)

Além disso, não há que se entender que as normas consagradoras de direitos sociais são condicionadas a uma intervenção legislativa para adquirir plena eficácia e exigibilidade.

Dentro dessa linha de pensamento, Alexy(27) defende a importância dos direitos fundamentais sociais, ao passo que a decisão de garantir ou não garantir tais prestações não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar.

Além disso, os direitos sociais passaram a ser menosprezados pela doutrina tradicional, sendo então rotulados como normas constitucionais

programáticas, que estipulam fins genéricos a serem observados pelo Estado, sem vincular o mesmo à adoção de condutas determinadas, sendo desprovidas de qualquer força jurídica em clássica divisão de Silva.**(28)** Contudo, o mesmo autor reconhece que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos.

No que concerne à fundamentalidade dos direitos sociais na Constituição de 1988, oportuno esclarecer o seu aspecto formal e material. A fundamentalidade formal decorre da constitucionalização dos direitos como leciona Canotilho,**(29)** ou seja, do direito constitucional positivo como destacado por Sarlet,**(30)** e apresenta os seguintes aspectos adaptados ao nosso direito pátrio: a) os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, tendo hierarquia superior as demais normas do ordenamento jurídico; b) tendo a qualidade de normas constitucionais, estão submetidos aos limites formais e materiais de revisão ou emenda constitucional conforme art. 60 da CF/88; c) tendo em vista o disposto no § 1º do art. 5º, tem aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos.

A fundamentalidade material, por sua vez, lembra Olsen,

“está relacionada à correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição, especialmente os princípios enumerados no Título I da CF, dentre os quais vale destacar a dignidade da pessoa humana.”**(31)**

Ou seja, seguindo pensamento de Sarlet,**(32)** é elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões axiológicas sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, sendo que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes em seu texto, por meio da cláusula de abertura (art. 5º, § 2º, da CF/88).

Com isso, verifica-se a insuficiência de uma conceituação meramente formal dos direitos fundamentais, ao passo que podem ser considerados como direitos fundamentais aqueles que, apesar de não estarem expressamente previstos na Constituição, são dotados da mesma dignidade/conteúdo dos formalmente reconhecidos.

Esse conceito material tem especial utilidade quanto ao reconhecimento da fundamentalidade de todos os direitos expressamente previstos no texto constitucional, mas fora do catálogo do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), dentre os quais se pode citar o direito à seguridade social (art. 194), o direito à saúde (art. 196), o direito à previdência social (art. 201) e o direito à assistência social (art. 201, V, § 2º), por exemplo.

Consoante lição de Olsen:

“A utilidade de um conceito material de direitos fundamentais sociais não se revela exclusivamente como critério para a identificação dos direitos fundamentais fora do catálogo do Título II da Constituição Federal, mas também para informar o intérprete a respeito de quais valores foram levados em consideração pelo constituinte para a previsão constitucional desses direitos. A partir dessa consciência axiológica, a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais não é tão somente cumprir a letra fria da Constituição, mas sim respeitar os valores construídos e difundidos na sociedade, trilhando os caminhos que ela mesma traçou ou pretendeu traçar.”**(33)**

Além do mais, não há como negligenciar que a CF/88 consagra a ideia da constituição de um Estado Democrático de Direito no qual os artigos 1º, I a III, e 3º, I, III e IV, estruturam e fundamentam o próprio Estado.

No que se refere ao direito fundamental à previdência social, sua fundamentalidade formal está acolhida pela nossa Lei Maior no art. 6º. A fundamentalidade material, por sua vez, está relacionada à manutenção da sobrevivência e, por conseguinte, da vida digna. De acordo com Rocha:



“É justamente nos momentos nos quais os cidadãos, inseridos na sociedade por força de sua capacidade de trabalho (substancial maioria da população), têm a sua força laboral afetada, ou mesmo negado o acesso ao trabalho, como é cada vez mais comum por força do modelo econômico excludente, que a previdência social evidencia seu papel nuclear para a manutenção do ser humano dentro de um nível existencial minimamente adequado.”(34)

Assim sendo, o direito à previdência social reveste-se de inquestionável jusfundamentalidade, apresentando uma natureza jurídica diferenciada das categorias jurídicas relacionadas ao direito privado, reclamando uma hermenêutica adequada para a realização efetiva dos direitos relacionados aos benefícios previdenciários.

### **O fortalecimento dos precedentes vinculativos no Direito Processual Previdenciário no Neoprocessualismo**

Como demonstrado em linhas anteriores, a normatividade do texto constitucional é condição formadora do constitucionalismo contemporâneo. Mas e o processo civil? Existe um novo processo civil? E o direito processual previdenciário frente às mudanças impostas pelo Neoconstitucionalismo? Está amadurecido o entendimento do papel do processo civil e previdenciário(35) na perspectiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista em que há, também, a defesa de interesse público, de questões a envolver o mínimo existencial, como a concessão de benefícios previdenciários, inclusive de controle e realização de políticas públicas por meio dessa “litigação”?(36) Tais questões são mínimas frente a muitas outras que poderiam ser feitas, mas para a provocação do leitor restam suficientes.

É de ser relevado que o reconhecimento da autonomia da ciência processual, a partir de Bülow em 1968, marco da ciência processual,(37) deu lugar a um movimento de extrema autonomia, fazendo um processo de finalidade puramente jurídica, sendo ele um instrumento a serviço do direito material,(38) escudo frente às aspirações axiológicas da sociedade. A saber, confrontavam-se duas correntes metodológicas que fizeram escola na primeira metade deste século. Uma delas, a de Chiovenda, sustentava ser a jurisdição um escopo da atuação da **vontade concreta da lei**, a partir da vontade do legislador, ou seja, o poder estatal estava na lei.(39) A outra dessas doutrinas, de Carnelutti, tinha como sendo o escopo do processo a justa **composição da lide**, sendo a lei, por si só, insuficiente para compor a lide, sendo necessária para tanto a atividade do juiz.(40) Todavia, nenhuma dessas doutrinas, assevera Dinamarco, “buscou examinar o sistema processual pelo ângulo externo e metajurídico nem de investigar os substratos sociais, políticos e culturais que legitimam a sua própria existência e o exercício da jurisdição pelo Estado”.(41) Dinamarco, então, teve o mérito de negar o caráter puramente técnico do processo, direcionando-o “aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele)”, assim como o reconhecimento da inclusão do processo “no universo axiológico da sociedade a que se destina”, retirando do processo o caráter de ciência neutra em relação às “opções axiológicas do Estado”.(42)

Revela-se inegável a contribuição doutrinária do instrumentalismo, a partir da conduta proativa do juiz em relação à realidade social, além da quebra da rigidez formal do processo. Todavia, tal corrente encontra críticas, como a de Amaral, referindo que “não obstante o argumento contrário continua restrita à mera técnica, cuja eleição depende da apreensão, pelo juiz, dos valores reconhecidos pela sociedade”,(43) ou seja, “tais valores encontram-se somente no campo social, para serem apreendidos pelo intérprete, que usa o processo apenas como instrumento de concretização”.(44) Outra crítica balizada é a de Oliveira e Mitidiero, ao afirmarem mostrar-se inadequada a função puramente declaratória à jurisdição, o que desvaloriza o papel do juiz e das partes ao longo do processo, devendo ser a jurisdição uma **“verdadeira reconstrução da**

**ordem jurídica** mediante o processo, tendo por matéria-prima a afirmação de seus participantes a respeito da situação litigiosa".(45)

Tais ideias confluíram para a compreensão do processo civil a partir de uma nova metodologia, uma nova fase do desenvolvimento processual denominada formalismo-valorativo, liderada por Oliveira(46) em linha de pesquisa da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A referida corrente busca equacionar de forma adequada as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição, e colocar o processo no centro de sua teoria, destacando, também, que o formalismo do processo é formado a partir de valores – **justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança** –, base axiológica a partir da qual se consubstanciam os princípios, regras e postulados para a sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.

Assim sendo, tendo em vista o direito à previdência social revestir-se de inquestionável jusfundamentalidade, apresentando uma natureza jurídica diferenciada das categorias jurídicas relacionadas ao direito privado, reclama-se então uma hermenêutica adequada para a realização efetiva dos direitos relacionados aos benefícios previdenciários, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, por meio de um devido processo legal substantivo e processo civil justo.(47) Este, por sua vez, principalmente quando se trata de questões previdenciárias, não pode estar atrelado às concepções individualistas e anacrônicas do processo civil clássico, conforme lembra Savaris.(48) No mesmo sentido, Marinoni assevera que "o Estado Constitucional tem o dever de proteger direitos fundamentais, seja por meio das normas, seja por meio das atividades fáticas administrativas ou da jurisdição".(49)

Assim, a técnica passa ao segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor, sendo que o fim último do processo já não é apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as particularidades do caso, e a pacificação social. Além disso, a lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e pela nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual.(50)

Oportuno se torna referir a crítica de Cambi à expressão formalismo-valorativo. Segundo ele, "tal denominação nos parece equívoca, pois o formalismo, em si mesmo, já é uma deformação", preferindo então conceituar a nova fase metodológica do Direito Processual Civil como "**Neoprocessualismo**".(51) Entretanto, admite o jurista que a percepção epistemológica do termo adotado pela escola gaúcha está correta, não devendo os estudiosos se perder no nome dado ao fenômeno. Com efeito, a ideia de formalismo como uma deformação vem de Liebman, que ressalta a função das exigências formais como fator de garantia, mas repudia os exageros inerentes ao culto das formas como se fosse um valor em si mesmo.(52)

Nesse contexto, filia-se ao pensamento Didier Jr., quando frisa que "o termo **Neoprocessualismo** tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao **Neoconstitucionalismo**", justificando-se o prefixo "neo" para as novas premissas teóricas acerca do processo. Mas, acrescenta o autor, as premissas são as mesmas do formalismo-valorativo, em destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual, além de pautar-se no reforço dos aspectos éticos do processo com especial destaque ao princípio da cooperação.(53)

O fato é que se inaugura a busca da cidadania processual, ou seja, como leciona Zaneti Jr., "o direito de ação passa a ser um direito cívico (*status activus processualis*)".(54)

Nesse viés, para que se construa uma sociedade onde se sobressaiam os



valores éticos e emancipatórios estabelecidos no texto constitucional, o processo deve ser pensado sob o enfoque de uma cidadania ativa. Adentra-se na ideia de um processo **cooperativo**, que, na lição de um de seus mais talentosos defensores, “parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado na dignidade da pessoa humana”.**(55)** Seguindo o jurista gaúcho, “o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando das decisões processuais e materiais da causa”, ocupando uma dupla posição: “paritário no diálogo e assimétrico na decisão”.**(56)**

Oportuna a síntese de Didier Jr. acerca do processo cooperativo ao destacar que:

“Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do **princípio do contraditório**, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do **duelo** das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida.”**(57)**

É de ser relevado que a doutrina tradicional costuma identificar dois modelos de processo na civilização ocidental influenciada pelo iluminismo: o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo. A partir dessa divisão, a doutrina costuma identificar dois modelos de estruturação do processo: o modelo **adversarial** e o modelo **inquisitorial**.**(58)** Naquele, relaciona-se a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. Este, por sua vez, organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo.**(59)**

Nessa esteira, a partir do processo cooperativo, assinala Cambi, “ao conduzir o diálogo processual, tendo como escopo final a promoção dos direitos fundamentais e a justiça da decisão”.**(60)** Nessa quadra aduz Mitidiero:

“Coloca-se o órgão jurisdicional como um dos participantes do processo, igualmente gravado pela necessidade de observar o contraditório ao longo de todo o procedimento. Por força do contraditório, vê-se obrigado ao debate, ao diálogo judiciário. Vê-se na contingência, pois, de dirigir o processo isonomicamente, cooperando com as partes, estando gravado por deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes.”**(61)**

O Neoprocessualismo, nesse contexto, implica a ruptura de paradigmas, romper com as amarras do positivismo e do formalismo jurídicos perniciosos, concebendo o processo como um veículo da tutela dos direitos materiais.**(62)**

É preciso insistir no fato de que a cidadania não se resume ao exercício do voto, sendo a democracia participativa algo inerente ao Estado democrático e pluralista. Como leciona Zaneti Jr., a racionalidade democrática hoje exige uma participação substancial do cidadão na tomada de decisão. O retorno ao juízo significa quebrar a moldura da abstração da democracia representativa. A autoridade, no juízo, é compartilhada, em uma visão coordenada do poder entre o juiz, o autor e o réu.**(63)** É o *status activus processualis* redirecionado aos procedimentos atinentes ao processo na fase **neoprocessual**, ou seja, o direito fundamental à organização e ao procedimento como direito positivo frente ao Estado e aos demais órgãos de atuação do poder na sociedade democrática. Não se pode esquecer, também, que o processo passa a ser viável para a implantação de políticas públicas, tanto na busca da justiça da decisão, como na abertura democrática (debate em contraditório).**(64)** Com efeito, o direito processual civil exerce papel determinante, por ser direito fundamental compartilhado em essência, à natureza democrática.

(65)

Nesse viés, por ser o direito previdenciário matéria atinente à subsistência e à preservação de uma vida digna, sendo evidente sua fundamentalidade material, a análise da prestação previdenciária, tanto por parte do Instituto Nacional do Seguro Social, quanto pelo Judiciário deverá ser norteada pelo *due process of law* adequado à realização desse tipo de direito fundamental.

Nessa esteira, a consideração da legislação vigente ao tempo da prestação do serviço para o enquadramento de agentes nocivos e atividades insalubres, o caráter exemplificativo dos agentes nocivos e sua construção jurisprudencial a partir de casos concretos, a possibilidade de realização de perícia técnica por similaridade (aferição indireta das circunstâncias de trabalho), como meio hábil a comprovar tempo de serviço prestado em condições especiais, o reconhecimento da exposição do segurado aos agentes nocivos em sentença trabalhista, a determinação de audiência de instrução e julgamento quando existir contrariedade entre as provas médicas nos autos e o laudo pericial judicial nos casos do reconhecimento de incapacidade laboral, por exemplo, são entendimentos adequados quando se trata de um benefício previdenciário caracterizado por sua fundamentalidade material.

Costuma-se afirmar que o Brasil é o país cujo direito se vincula à tradição da *civil law*. Todavia, não é bem essa a realidade da tradição jurídica brasileira, ao passo que temos um direito constitucional de inspiração estadunidense e um direito infraconstitucional inspirado na tradição romano-germânica. Há o controle de constitucionalidade **difuso**, inspirado na *judicial review* estadunidense, e o **concentrado**, modelo austríaco. Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais de inspiração da tradição da *common law*. O fato é que a convergência entre as duas tradições no Brasil resta clara. Adentra-se na valorização da jurisprudência, ao passo de ser até considerada **fonte primária do direito**,<sup>(66)</sup> ou como **meio suplementar de integração do Direito**.<sup>(67)</sup>

Nessa seara, em matéria previdenciária, por exemplo, imperiosa é a valorização da jurisprudência como fonte do direito, a exemplo da consideração de agentes nocivos para o reconhecimento de atividade exercida em condições especiais, mesmo não dispostos em regulamento.

Oportuno referir posicionamento contrário a esse tipo de construção jurisprudencial. De acordo com Leitão,<sup>(68)</sup> não estando o agente nocivo arrolado no Anexo IV do Decreto 3.048/99, não há que se reconhecer a atividade especial, ainda que a perícia contratada pelo segurado ateste a existência de nocividade durante o exercício da função. Entende o mesmo autor que o legislador ordinário delegou ao Poder Executivo a competência para a definição dos agentes nocivos. Pensar o contrário, defende, é ofender diretamente a legislação, além da possibilidade de tratamentos diferenciados para situações idênticas, já que os diagnósticos médicos, muitas vezes, seriam contraditórios. Isso faria com que pessoas expostas ao mesmo agente (e em igual intensidade) teriam destinos previdenciários diversos, em clara ofensa, segundo o mesmo, à isonomia e à segurança jurídica. Com efeito, o que importa para a concessão do benefício especial, na linha deste raciocínio, é a intervenção efetiva do agente externo. Dessa forma, como o próprio Anexo IV do já mencionado decreto determina, o rol dos agentes nocivos é exaustivo, enquanto as atividades listadas, nas quais pode haver exposição, é exemplificativa.

Contudo, em que pesem os argumentos, a ideia de que os agentes nocivos são restritos ao Anexo IV do Dec. 3.048/99 e de que somente o Poder Executivo poderá defini-los é errônea. O antigo Tribunal Federal de Recursos, por meio da Súmula nº 198, já se posicionou no sentido de que é devida a aposentadoria especial se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita no regulamento. No mesmo sentido, Ribeiro<sup>(69)</sup> ressalta que, por mais que a insalubridade não esteja expressamente prevista nos

Decretos que a sucederam, os Decretos 2.172/97 e 3.048/99 permitem a inclusão de atividades não previstas, advertindo serem as existentes exemplificativas, não existindo uma listagem limitada do reconhecimento dos agentes nocivos. Exemplo disso foi a construção jurisprudencial que reconheceu ao frentista o direito a aposentadoria especial em razão do trato direto com elementos altamente intoxicantes como combustíveis.

Inegavelmente, existem entendimentos periciais contraditórios quanto ao reconhecimento da existência do agente nocivo. Todavia, a solução não é vislumbrada pela restrição da definição dos agentes nocivos pelo Poder Executivo em decreto regulamentar. Sendo a aposentadoria especial um direito fundamental material como visto, o reconhecimento da existência ou não do agente nocivo deve estar em harmonia com todo o ordenamento jurídico.

Independente do posicionamento adotado a implicar uma nova visão da teoria do direito, é de inegável importância o fortalecimento dos precedentes no direito brasileiro, cuja fonte está em um devido processo legal, seja em sua dimensão procedimental, seja em sua dimensão substancial, na perspectiva do processo cooperativo, para que a construção das decisões "justas", no momento em que reiteradas por órgãos colegiados pela *ratio decidendi*,**(70)** se tornem vinculativas, mediante o *stare decisis*,**(71)** permitindo, dessarte, a segurança jurídica. Isso porque não se pode mais tolerar no atual Estado Constitucional "decisões diferentes para casos iguais". Com efeito, no que concerne à jurisprudência dominante, a mesma tem de ser analisada pelo que não é, ou seja, definida por exclusão, não sendo assim classificada se formada por um único órgão deliberativo; havendo competência para mais de um órgão do tribunal da respectiva matéria, deverão estar assentes todos os órgãos. Isso não impede a existência de votos divergentes, porém o principal é que a discussão interna sobre a questão debatida seja posta às claras,**(72)** sempre na visão cooperativa e democrática do processo desde sua instância inicial.

Destaca-se que, no Brasil, o respeito aos precedentes não está incorporado na cultura jurídica, ao passo que, em regra, os juizes e os Tribunais não têm o dever de respeitar as decisões dos Tribunais Superiores, sendo que mesmo internamente, nos próprios Tribunais Superiores, não raro, a mesma questão de direito é julgada de maneira diferente por cada um dos órgãos fracionários. Os precedentes somente são vinculativos nas decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º, CF) e nas súmulas vinculantes (art. 103-A, *caput*, da CF).

Oportuno referir que precedente, decisão judicial, jurisprudência e súmula não são termos sinônimos.

Nesse viés, nem toda decisão judicial se configura como sendo um precedente. Conforme lecionam Marinoni e Mitidiero, só há sentido em se falar em precedente "quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados".**(73)**

Nesse sentido, se todo o precedente é uma decisão, nem toda decisão constitui um precedente. Note-se que se forma um precedente quando a decisão enfrenta todos os principais argumentos relacionados à questão jurídica no caso concreto, incluindo-se aí análise fática. Como aduz Soares, o precedente "não é uma regra abstrata, mas uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual o conhecimento das razões é imprescindível".**(74)**

Em resumo, ainda na esteira de Marinoni e Mitidiero,

"é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina".**(75)**

É de ser relevada a existência de técnicas e instrumentos para a uniformização da jurisprudência, a exemplo dos arts. 518, § 1º, do CPC (possibilita ao magistrado não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em consonância com a súmula do STJ e do STF), 543-C do CPC (permite ao STJ o julgamento por amostragem quando houver multiplicidade de recursos em idêntica questão de direito, com a suspensão dos processos em tramitação com fundamento idêntico até que o STJ julgue o mérito), 557, *caput*, e § 1º-A, do CPC (permite ao relator, em decisão monocrática, negar seguimento quando em confronto com Súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou do STJ) e das súmulas vinculantes (art. 103-A da CF) e, em especial, quando se trata da Justiça Federal em matéria previdenciária, o Pedido de Uniformização de Jurisprudência (art. 14 da Lei 1.259/2001), entre outros.

Entretanto, tais instrumentos e técnicas não são suficientes para atender de forma célere e efetiva o direito material. Isso porque, a exemplo do Pedido de Uniformização, a parte terá que esperar por tempo demasiado para ter a resolução de seu litígio previdenciário. Todavia, para aqueles que necessitam da concessão de um benefício previdenciário, de nítido caráter alimentar, a espera torna-se tortuosa.

Em razão disso, a adoção do sistema de precedentes no processo civil brasileiro proporciona a prestação jurisdicional de forma adequada, célere e efetiva, especialmente, quando se trata de matéria previdenciária devido, como dito, às necessidades que cercam aqueles que necessitam da concessão de benefícios.

Além do mais, devem fazer parte da tradição do direito brasileiro temas como *distinguish*, que trata da distinção entre os casos julgados e o caso em julgamento; e o *overrule*, alertando para a possibilidade de superação dos precedentes anteriores (o direito é dinâmico). Ao encontro disso, está o art. 103-A da CF (EC 45/2004), que sinaliza a revisão e o cancelamento das súmulas vinculantes.

Preciosa, nesse contexto, a lição de Clève:

“Por conta dessa circunstância, a segurança jurídica não decorre mais apenas das características intrínsecas ao Direito, ao sistema normativo ou às próprias categorias jurídicas, e sim de uma bem fundada teoria da argumentação. Não houve uma superação de Kelsen, mas uma transposição de sua teoria: se o papel da ciência jurídica era definir uma moldura, e dentro dessa moldura qualquer solução seria aceitável, hoje nenhuma solução é aceitável sem argumentação. Uma carga argumentativa capaz de convencer, e não somente a autoridade, é imprescindível para justificar a legitimidade do discurso. A segurança jurídica, portanto, está no rigor da argumentação e da motivação, e não apenas na esfera do objeto do Direito que, fragmentado, sequer conforma um sistema. No campo da linguagem só se faz sistema por meio da atuação do operador jurídico.”(76)

Imperioso referir que o fortalecimento dos precedentes não significa dizer que haverá um “engessamento” do direito. Valoriza-se na fase do Neoconstitucionalismo e do Neoprocessualismo, como visto, a devida argumentação. O juiz terá o ônus argumentativo ao usar ou distinguir um precedente. Assim, não caberá a dispensa dos argumentos e da fundamentação com o simples uso do precedente. Dessa forma, combata-se um costume frequente das Turmas Recursais em trazer à colação em seus acórdãos jurisprudência abaixo referida para se eximir de fundamentar:

“(…) Saliente-se que, conforme entendimento do STJ, ‘o magistrado, ao analisar o tema controvertido, não está obrigado a refutar todos os aspectos levantados pelas partes, mas, tão somente, aqueles que efetivamente sejam relevantes para o deslinde do tema’ (REsp 717265, 4ª T, DJU1 12.03.2007, p. 239). No mesmo sentido: ‘não está o juiz obrigado a examinar, um a um, os pretensos fundamentos das partes, nem todas as alegações que produzem: o importante é que indique o fundamento

suficiente de sua conclusão, que lhe apoiou a convicção no decidir' (STF, EDcl/RE 97.558/GO, 1ª T, Rel. Min. Oscar Correa, RTJ 109/1098)."

É de ser observado que, ao se defender a adoção de precedentes no direito brasileiro, não se está a defender a falta de argumentação e motivação dos juízes, que com o advento do Neoprocessualismo deverão enfrentar todas as matérias de fato e de direito trazidas pelas partes. Destaca-se que fundamentar validamente não é explicar a decisão. O magistrado explica, e não fundamenta, quando refere ter decidido o caso baseado em lei "x" ou súmula "y". Ao juiz contemporâneo cabe ir mais além, argumentando toda a construção da decisão, então baseada em um precedente.

Em termos pragmáticos, evidenciaremos a necessidade da construção de precedentes a partir de divergências jurisprudenciais do Tribunal Regional Federal da 4ª Região acerca do procedimento da alta programada nos benefícios de auxílio-doença previdenciário. Tal conduta se revela absurda e atentatória à dignidade humana dos segurados. Não há qualquer estrutura no processo administrativo previdenciário para a adoção desse procedimento. Enfim, o tema é polêmico, ao passo que remetemos o leitor para artigo por nós escrito em outra oportunidade. **(77)**

Traz-se à colação, então, os seguintes julgados do TRF 4ª Região:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO. AUXÍLIO-DOENÇA. MANUTENÇÃO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INTERESSE DE AGIR. ALTA PROGRAMADA. 1. Nos casos de alta programada pelo INSS, a pretensão resistida se configura no momento em que a Previdência Social fixa um limite para a recuperação do segurado. 2. O interesse de agir decorre da fixação da data de cessação do benefício pelo INSS, não havendo necessidade de prévio requerimento administrativo de restabelecimento. 3. Precedentes desta Turma Recursal (v.g. 2010.70.51.001633-5)." (RCI 2009.70.53.006456-4, Primeira Turma Recursal do PR, Relator José Antonio Savaris, julgado em 02.06.2010)

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. CANCELAMENTO DE BENEFÍCIO ANTES DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO FORMULADO NO PRAZO DEVIDO. FATO CONSUMADO. MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ DATA JÁ TRANSCORRIDA. DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO DE PARCELAS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO DA SEGURANÇA. 1. Não pode ser suspenso ou cancelado o benefício em manutenção por alta médica programada antes mesmo da realização da correspondente perícia, tanto mais nos casos em que é requerida a tempo sua prorrogação. 2. Não se pode presumir a recuperação de capacidade laborativa, pura e simplesmente em razão do decurso de determinado tempo. 3. Em conjugação, incide na espécie o fato consumado, pois a sentença prolatada já garantiu a colimada prorrogação do benefício até a data indicada, que já transcorreu. 4. Não cabe o pagamento de parcelas anteriores à impetração de mandado de segurança; em já tendo ocorrido o pagamento, não cabe exigir devolução pelo segurado." (TRF4 5003859-69.2010.404.7200, D.E. 31.03.2011)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. CONCESSÃO. PREVISÃO DE ALTA PROGRAMADA. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE PRORROGAÇÃO. ARBITRARIEDADE NÃO DEMONSTRADA. I. Diante da previsão de alta programada e de cessação do benefício, caberia ao segurado demonstrar, mediante sujeição a novo exame pericial, que, permanecendo incapacitado para o trabalho, requereu e teve indeferido na via administrativa pedido de prorrogação do benefício. II. Indemonstrada qualquer arbitrariedade por parte do INSS em conceder o auxílio-doença com data de cessação programada, carece de verossimilhança o pedido de antecipação de tutela." (TRF4, AG 0038918-75.2010.404.0000, Quinta Turma, Relator Hermes Siedler da Conceição Júnior, D.E. 31.03.2011)

"PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. RECURSO DE MEDIDA CAUTELAR. O procedimento adotado pela Autarquia



Previdenciária, prefixando a alta dos segurados que percebem o benefício de auxílio-doença na data da realização da perícia que reconhece a incapacidade, com reconhecimento de sua capacitação para o trabalho em data futura, sem a realização de nova perícia, deve ser afastado judicialmente, uma vez que afronta os dispositivos contidos nos artigos 1º, III, e 201, I, da Constituição Federal e o disposto no artigo 62 da Lei nº 8.213/91. O segurado somente poderá ser dado como habilitado para o desempenho de sua atividade após avaliação médica específica em que reste comprovada a sua aptidão para o trabalho. A previsão de recurso a ser interposto pelo segurado contra decisão que programou a alta médica do segurado, com cancelamento do benefício de auxílio-doença, ou melhor, especificando o dia em que o segurado estaria com sua saúde recuperada para voltar ao trabalho, não dá respaldo ao procedimento da alta programada adotado pelo INSS, pois, ainda que haja recurso administrativo contra o cancelamento automático, o segurado ficará sem auxílio entre a suspensão e a nova concessão, se o pedido for aceito. Procedimento do INSS atentatório ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Recurso indeferido.” (RMC 2006.71.95.004110-0, Segunda Turma Recursal do RS, Relator Alexandre Gonçalves Lippel, julgado em 07.06.2006)

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. CANCELAMENTO DE BENEFÍCIO ANTES DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO FORMULADO NO PRAZO DEVIDO. FATO CONSUMADO. MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ DATA JÁ TRANSCORRIDA. 1. Não pode ser suspenso ou cancelado o benefício em manutenção por alta médica programada antes mesmo da realização da correspondente perícia, tanto mais nos casos em que é requerida a tempo sua prorrogação. 2. Não se pode presumir a recuperação de capacidade laborativa pura e simplesmente em razão do decurso de determinado tempo. 3. Em conjugação, incide na espécie o fato consumado, pois a sentença prolatada já garantiu a colimada prorrogação do benefício até a data indicada, que já transcorreu.” (TRF4 5000499-29.2010.404.7200, D.E. 15.02.2011)

“Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão da fl. 56 proferida em ação ordinária de manutenção de auxílio-doença que indeferiu o pedido de antecipação de tutela. Recebo o agravo no efeito meramente devolutivo, mantendo, ao menos por ora, a decisão agravada por seus próprios fundamentos. O auxílio-doença de que se trata foi concedido em 21.06.2010 com data de cessação programada para 30.11.2010 (fl. 37), sendo que já em 22.11.2010, mesmo sem prévio pedido administrativo de prorrogação do benefício, o autor protocolizou a presente ação requerendo a manutenção do mesmo em sede de antecipação de tutela. Ora, diante da previsão de alta programada e de cessação do benefício em 30.11.2010, caberia ao segurado demonstrar, mediante sujeição a novo exame pericial, que, permanecendo incapacitado para o trabalho, requereu e teve indeferido na via administrativa pedido de prorrogação do benefício. Todavia, inexistem nos autos quaisquer elementos de prova nesse sentido. Indemonstrada, portanto, qualquer arbitrariedade por parte do INSS em conceder o auxílio-doença com data de cessação programada, carece de verossimilhança o pedido de antecipação de tutela. Vista ao Agravado para responder. Intimem-se.” (TRF4, AG 0038918-75.2010.404.0000, Quinta Turma, Relator Hermes Siedler da Conceição Júnior, D.E. 24.01.2011)

“PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ALTA PROGRAMADA. MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. 1. O sistema Copes (Programa de Cobertura Previdenciária Estimada) possibilita que os segurados, nos quinze dias anteriores à data programada para a cessação do benefício, agendem novo exame pericial a fim de verificar a permanência (ou não) da incapacidade. 2. Designar nova perícia para data posterior ao termo final previsto para o recebimento do benefício de auxílio-doença é irrazoável e desproporcional e descumprimento o princípio da eficiência, caso, de fato, seja cessado o benefício em prejuízo à subsistência do segurado. 3. Hipótese em que o segurado em gozo de auxílio-doença requereu a prorrogação do benefício nos quinze dias



anteriores à provável cessação, devendo ser mantido o pagamento até que se realize nova perícia, a fim de averiguar a persistência da incapacidade." (TRF4 5000141-46.2010.404.7206, D.E. 08.11.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. IMPOSSIBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO EFETIVAR JUÍZO DE PREVISIBILIDADE QUANTO À CESSAÇÃO DA DOENÇA. 1. Da leitura do artigo 59 da Lei nº 8.213/91, vê-se que há a exigência de que a enfermidade da qual foi acometido o segurado provoque a sua incapacitação para o trabalho ou atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos, de modo que a concessão está a exigir diagnóstico médico, e não prognóstico. 2. Fixar a administração calendário ao segurado, compatível com as várias doenças de natureza progressiva, é compatível com o Estado de Direito; porém, impor, já no ato de concessão, o prazo do término do benefício, que necessariamente coincide com o período durante o qual o segurado 'fica incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual...', é incompreensível, pois totalmente incompatível com o ato médico. 3. Não se está a cogitar de ato médico que estabeleça cientificamente prazo de acometimento de doença, mas de ato nitidamente arbitrário e, portanto, ilegal, que, independente da avaliação, programa o prazo da doença, voltando-se contra a própria natureza, pois é certo que não é dado à autoridade administrativa efetivar o temerário juízo de previsibilidade quanto à cessação da doença." (TRF4 5002302-16.2010.404.0000, D.E. 30.09.2010)

Da análise da *ratio decidendi* dos referidos julgados, e não somente da ementa, vislumbra-se, sem dúvida, decisões diferentes para casos iguais. Em relação às decisões que julgaram improcedente o pedido de cancelamento da alta programada, interpretou-se pela não concessão do direito tendo em vista a parte não efetuar o pedido de prorrogação. Todavia, tal protocolo administrativo em momento algum é óbice nos outros julgados para o reconhecimento da arbitrariedade do procedimento da alta programada. Salta aos olhos a necessidade de se construir um precedente desta questão jurídica. Um precedente, pois, que enfrente todos os aspectos relacionados à alta programada (necessidade de pedido de prorrogação, tempo em que foi agendada perícia de benefício já encerrado, o não encerramento dos pagamentos, a manutenção do benefício sem a prefixação do encerramento, o ônus do INSS em chamar o segurado para revisão pericial, etc.). Como já referido, somente a partir do momento em que a decisão enfrenta todas as matérias pertinentes ao caso é que, de forma, digamos, amadurecida, se torna um precedente.

Repita-se, não se pode admitir que haja decisões diferentes para casos iguais, especialmente quando se trata de matéria previdenciária em que está em jogo o mínimo existencial do segurado. É somente assim que poderão ser alcançadas a constância do Direito e a segurança jurídica, com respeito, é claro, à realização dos direitos fundamentais.

### Considerações finais

A necessidade de reformulação do processo civil brasileiro a partir da influência do Neoconstitucionalismo resta evidente. Assim, a visão pós-positivista do direito implica uma nova fase processual, o Neoprocessualismo, método novo de vislumbrar um processo cooperativo. Com efeito, o juiz, mais do que ter uma conduta proativa, dever ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e pela nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual (*status activus processualis*). Aliada a isso, vem a necessidade de uma reformulação da ideia do processo de tradição da *civil law*, fato este ultrapassado. A tradição jurídica brasileira, com as suas particularidades, é bem verdade, há tempos insere a tradição da *common law* em seu sistema jurídico. O rumo à força aos precedentes é algo que não se pode omitir. O fortalecimento do Direito e da Segurança Jurídica implicam essa reformulação metodológica tanto pelos tribunais como nos juízos de primeira instância em prol da realização dos direitos fundamentais, principalmente em matéria previdenciária.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2007.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; GOMES, Fábio Luiz. **A Teoria Geral do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Justiça**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. Estudos sobre **Direitos Fundamentais**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e tributação**. Disponível em: <[www.clevedadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc](http://www.clevedadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc)>. Acesso em: 01 out. 2010.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONEL, Miguel (coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Processo Civil**. v. 1. 12. ed. Salvador: Podivm, 2010.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Processo Civil**: Processo Coletivo. v. 4. Salvador: Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GESTA LEAL, Rogério. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HESSE, Konrad. **Força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Amicus curiae, jurisdição constitucional e democracia: uma análise crítica acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal e da efetividade da intervenção do amicus curiae no controle de constitucionalidade brasileiro. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 10. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010. p. 3202-3203.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e cidadania no contexto democrático: perspectivas de uma jurisdição constitucional aberta. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 09. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p. 2871-2877.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEITÃO, André Studart. Conceito de Condições Especiais. In: FOLMANN, Melissa. FERRARO, Suzani Andrade (coord.). **Previdência nos 60 anos da Declaração de Direitos Humanos e nos 20 da Constituição Brasileira**: homenagem ao Dr. Celso Barroso Leite. Curitiba: Juruá, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Podivm, 2010.

\_\_\_\_\_. Teoria Geral do Processo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 14).

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 137, jul. 2006.

\_\_\_\_\_. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**: do formalismo no Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. Bahia: JusPodvm, 2009.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. Salvador: Podivm, 2010.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

ZANETI JR., Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

## Notas

1. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 137, jul. 2006, p. 07-31.

2. Nesse sentido, remete-se o leitor à pioneira obra de Luiz Guilherme Marinoni **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146, em que o ilustre jurista sistematiza de um lado as tutelas dos direitos e de outro as técnicas processuais voltadas para a sua execução, vislumbrando-se uma melhor relação entre o direito material e o processo.

3. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 28. "O intérprete produz a norma jurídica não por diletantismo, mas visando à sua aplicação a casos concretos. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo – já vimos, linhas acima, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (interpretamos) os fatos. A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão".

4. Destaca-se o Projeto de Lei do Senado, PLS nº 166, de 2010, o então anteprojeto da Reforma do Código de Processo Civil, Seção XX, "Da Eficácia Vinculante dos Fundamentos Determinantes da Decisão", evidenciando a extrema importância acerca do tema.

5. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003. p. 51.

6. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 166.

7. HESSE, Konrad. **Força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 22. “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

8. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. Bahia: JusPodvm, 2009. p. 34.

9. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Justiça: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 483.

10. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 62.

11. Em 1950, Erich Lüth, que estava à frente do Clube de Imprensa de Hamburgo, uma entidade privada, conclamou distribuidores e produtores cinematográficos a boicotarem o filme *Unsterbliche Geliebte* (Amante Imortal), dirigido por antigo partidário de Hitler e divulgador da ideologia nazista antisemita, Veit Harlan. O produtor do filme obteve uma ordem do Tribunal estadual de Hamburgo, para que Lüth se abstinisse de levar adiante a campanha de boicote, valendo-se do disposto no § 826 do Código Civil alemão (norma que submete à obrigação reparatória quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro). Lüth remeteu a questão, por meio de recurso constitucional, ao Tribunal Constitucional alemão (In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61). A decisão proferida em 1958 pelo *Bundesverfassungsgericht* reverteu o posicionamento por entender que ocorreu uma violação do direito fundamental à liberdade de expressão, condição vinculada à dignidade humana, na medida em que os direitos fundamentais são direitos de defesa (*Abwehrrechte*), mas também uma ordem histórica e principiológica de valores (LEAL, Mônia Clarissa Hennig, op. cit., p. 65).

12. LEAL, op. cit., p. 63-66.

13. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 9.

14. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONEL, Miguel (coord.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 84.

15. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 33.

16. Oportuno referir que o termo “Neoconstitucionalismo” não encontra uniformidade na doutrina pátria. Sarmento destaca três críticas que podem ser levantadas contra essa fase: “(a) a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático; (b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras de subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo”. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. Bahia: JusPodvm, 2009. p. 53. Outro crítico contumaz da “jurisprudência de valores” e das “teorias da argumentação jurídica mormente alexyana” é Lenio Luiz Streck, em sua obra **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Não se pode furtar dos ensinamentos

de Rogério Gesta Leal ao afirmar que, “por mais boa vontade que informe o ativismo judicial que tem surgido nas últimas décadas em países ocidentais importantes (inclusive no Brasil), figurando certo tipo de experimentalismo democrático, a verdade é que isso tem implicado a retração do ativismo social em face de problemas e questões de ordem e natureza políticas, fragilizando os laços republicanos da cidadania que deveria assumir suas funções e feições constituintes do espaço democrático das deliberações públicas”. In: GESTA LEAL, Rogério. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 87. De fato, há que se estabelecer um ponto de equilíbrio entre a conduta proativa do Poder Judiciário e a soberania popular, algo que pode ser atingido. Contudo, é inegável a contribuição da normatividade das normas constitucionais e dos princípios, sendo a ponderação e a argumentação mecanismos a atender a realização dos direitos fundamentais. Ao encontro disso, imperiosos os ensinamentos de Mônia Clarissa Hering Leal, ao defender uma inter-relação entre as correntes substancialistas e procedimentalistas. Leciona a referida autora que “a proposta que fazemos, para fins de superação desse debate, reside na construção do que denominamos como ‘jurisdição constitucional aberta’, isto é, de uma jurisdição que, ao exercer e cumprir sua função de preservação e de realização da Constituição, esteja aberta institucional e operacionalmente aos argumentos e à participação democrática, constituindo-se ela, assim, em um *locus* privilegiado de exercício da cidadania, conferindo-se, dessa forma, maior legitimidade democrática – num sentido republicano – às suas decisões”. Amicus curiae, jurisdição constitucional e democracia: uma análise crítica acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal e da efetividade da intervenção do amicus curiae no controle de constitucionalidade brasileiro. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 10. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010. p. 3202-3203.

17. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

18. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2007 e **Teoría de la argumentación jurídica**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2007.

19. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Justiça**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 491-492.

20. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

21. MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Podivm, 2010. p. 214.

22. MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Podivm, 2010. p. 214.

23. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 177-227.

24. Idem, p. 184-185.

25. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 118-119.



26. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 97.
27. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** 2. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 454.
28. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2008. p. 81 et seq.
29. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379.
30. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 86-87.
31. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 1.
32. SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 86 et. seq.
33. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 38.
34. ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 111.
35. Obviamente não está a se criar aqui uma ciência processual autônoma em separar o processo civil do processo previdenciário, adotando-se a separação para fins didáticos e ilustrativos.
36. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Processo Civil: Processo Coletivo.** v. 4. Salvador: Podivm, 2009. p. 36.
37. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; GOMES, Fábio Luiz. **A Teoria Geral do Processo Civil.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 36.
38. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 129.
39. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 35.
40. MARINONI, op. cit., p. 37-38.
41. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 129-130.
42. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 24-27.
43. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30.
44. AMARAL, op. cit., p. 46.
45. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil.** v. 1. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15.
46. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 111-115.
47. Destaca-se o **devido processo legal formal**, “na dinâmica do direito fundamental ao processo justo”, destacando-se aqui o contraditório, motivação das decisões, valoração da prova, razoável duração do processo, etc. (In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil.** v. 1. São Paulo: Atlas, 2010), e o *substantive due process*, legado do direito norte-americano, como forma de controle das arbitrariedades do Poder Estatal. De acordo com Nelson

Nery Junior (In: **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009): “A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela **processual**, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo”.

48. SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 64.

49. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 402.

50. OLIVEIRA; MITIDIERO, op. cit., p. 16.

51. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 115.

52. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 43-44. Todavia, a expressão “formalismo no processo” é utilizada no sentido de formalismo ou forma em sentido amplo, portanto, como algo que vislumbra “a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”, investindo-se, assim, na “tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento”, com o que “convém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando a previsibilidade a todo procedimento” (OLIVEIRA, op. cit., p. 6-7).

53. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Processo Civil**. v. 1. 12. ed. Salvador: Podivm, 2010. p. 28-29.

54. ZANETI JR., Hermes. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do Processo Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 63. Importante acrescentar, na lição de Leal, que a cidadania ativa, identificada pela noção de *status activus processualis*, parte da doutrina de Peter Häberle ao reconhecer um novo espaço à dimensão processual/procedimental, dando impulso e refundando, assim, a noção de *status activus processualis* desenvolvida por Jellinek, uma vez que esses direitos se caracterizam por e pressupõem, antes de mais nada, um direito de participação (Jurisdição constitucional e cidadania no contexto democrático: perspectivas de uma jurisdição constitucional aberta. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 09. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p. 2871-2877). Ou ainda, consoante lição de Canotilho, “o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e efectiva autodeterminação” (In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2008. p. 73).

55. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Temas Atuais de Direito Processual Civil). p. 102.

56. MITIDIERO, op. cit., p. 72-73. Para elucidação, o processo isonômico é concebido a partir de certa indistinção entre indivíduo, sociedade e o

Estado, assumindo a dialética papel central na busca da resolução de problemas jurídicos. O processo assimétrico, por sua vez, conta para sua configuração com uma radical separação entre indivíduo, a sociedade civil e o Estado, assumindo este o papel de apropriar-se do direito no processo, visando tornar segura e certa a realização do direito posto. Ratifica-se, no modelo cooperativo, o juiz assume uma dupla posição como visto.

57. DIDIER, op. cit., p. 77.

58. Idem, p. 74.

59. Idem, ibidem.

60. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 116.

61. MITIDIERO, op. cit., p. 75.

62. CAMBI, op. cit., p. 116-117. Para não se cair em abstrações para os leitores mais pragmáticos, interessante a exemplificação de Cambi do processo cooperativo na prática forense: "Assim, o magistrado, antes do órgão judicial indeferir a petição inicial e extinguir o processo sem resolução de mérito (arts. 267, I, e 295 do CPC), deve permitir que o demandante emende a petição inicial (art. 284 do CPC). Ao proceder a organização do processo, deve valer-se da audiência preliminar do art. 331 do CPC não apenas para fins de conciliação, mas, mesmo em se tratando de direitos indisponíveis ou que não possam ser objeto de transação (art. 84), deve aproveitar a oportunidade do ato processual para, de preferência de forma oral, sanear o processo e gerir a atividade probatória (fixando os pontos controvertidos, deferindo meios de prova admissíveis e relevantes, bem como a máxima efetivação da garantia processual do contraditório, para que não gere decisões surpresas, embora sem prolongar demasiadamente o debate, com deferimento de atos inúteis ou não razoáveis, a fim de inibir o abuso do direito do princípio da boa-fé objetiva (v.g., art. 187 do CC e arts. 14-18 do CPC), além de proceder à distribuição adequada dos ônus do tempo do processo (v.g., arts. 273, 461, § 3º, e 798 do CPC). A decisão deve ser adequadamente motivada, assegurando pela completude da motivação, que os argumentos dos demandantes sejam devidamente apreciados, como manifestação final da dinâmica do contraditório. O juízo de admissibilidade dos recursos não pode ser marcado pela inflexível submissão às formas (v.g., o preparo insuficiente, quando evidenciada a boa-fé não pode impedir a análise do mérito recursal. O processo colaborativo deve culminar com uma fase executiva marcada pela tutela específica das obrigações, guiada pelas tutelas diferenciadas e implementada pela correta utilização dos poderes-deveres do magistrado na satisfação do resultado útil do processo (v.g., arts. 461, §§ 4º e 5º, 600-601, 649, II, 652, § 3º, e 655-A do CPC)".

63. ZANETI JR., op. cit., p. 63.

64. Idem, p. 68. Destaca ainda o autor que "devemos emancipar o juízo e o direito, quebrando regras de fixidez (o advento de cláusulas gerais já denota essa tendência), mas garantindo normas para a previsibilidade da atuação do poder-dever de prestar a jurisdição (juiz) e de participação (partes) na formação da decisão (juiz Hermes). Essa é a legitimidade institucional que fica para além da mera validade formal das regras na democracia contemporânea. (ZANETI JR., op. cit., p. 126-125).

65. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais:** do formalismo no Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2003. p. 270.

66. ZANETI JR., op. cit., p. 252. Segundo o autor, "a natureza das mudanças decorrentes do pós-positivismo (constitucionalização e principialização dos direitos) e a conformação atual do direito no nosso ordenamento jurídico (súmulas vinculantes, decisões com efeito

vinculativo e jurisprudência dominante dos tribunais), reconhecidamente uma tendência internacional, revelam uma insofismável realidade: **a jurisprudência como fonte primária no direito contemporâneo brasileiro.**"

67. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 83. Segundo o ilustre jurista, "não parece haver demasia em reconhecer que hoje a jurisprudência já está recepcionada como **meio suplementar de integração do Direito**, atuando como elemento catalizador e organizador das lides trazidas ao Judiciário, assim permitindo o agrupamento das demandas afins, por modo que todas recebam um tratamento judiciário isonômico".

68. LEITÃO, André Studart. Conceito de condições especiais. In: FOLMANN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coord.). **Previdência nos 60 anos da Declaração de Direitos Humanos e nos 20 da Constituição Brasileira**: homenagem ao Dr. Celso Barroso Leite. Curitiba: Juruá, 2008. p. 25-26.

69. RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 265.

70. "A vinculação do caso presente a uma decisão anterior que cuida de situações de fato e de Direito semelhantes advém dos motivos, princípios e interpretações acolhidas pelo órgão judiciário. A força dos precedentes advém, portanto, de sua fundamentação, de sua *ratio decidendi* ou *holding*, definido pela doutrina como 'a regra explícita ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário a atingir a decisão, à luz das razões por ele adotadas. A importância da *ratio decidendi* para a teoria do *stare decisis* revela que a corte superior não é a única protagonista na formação do precedente, pois juízes e tribunais hierarquicamente inferiores também exercem papel importante nessa seara" (SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Podivm, 2010. p. 159).

71. O termo *stare decisis* deriva do latim e, em sua forma original, dizia: *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, "mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido", legado da tradição da *common law*, a balizar o julgamento de casos. A teoria do *stare decisis* significa mais do que simplesmente valorizar o precedente, mesmo porque qualquer juiz poderia proferir a decisão que quisesse e justificá-la ao achar algum precedente, por pior ou mais antigo que ele seja. O valor do *stare decisis* se manifesta pela forma como consagra o papel do Poder Judiciário na criação e na afirmação do Direito, negando ao juiz o poder de resolver conflitos com base em suas opiniões isoladas, orientado por sua individualidade (In: SILVA, op. cit., p. 158).

72. ZANETI JR., op. cit., p. 260.

73. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 164-165.

74. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 41.

75. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 165.

76. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e tributação. Disponível em: <[www.cleveadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc](http://www.cleveadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc)>. Acesso em: 01 out. 2010.

77. SITTA, Eduardo Brol; MORAIS, Danusa Espíndola. Breves considerações sobre os benefícios por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social na perspectiva dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, 2009 (Temas de Direito Previdenciário).

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

**SITTA, Eduardo Brol.** *O Direito Previdenciário no Neoconstitucionalismo e no Neoprocessualismo: a necessidade de precedentes vinculativos no processo previdenciário.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em:  
< [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/eduardo\\_sitta.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/eduardo_sitta.html)>  
Acesso em: 09 nov. 2011.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO  
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS