II SEMINÁRIO SOBRE DIREITO PREVIDENCIÁRIO: DIÁLOGO E REFLEXÕES ENTRE A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES

O SENHOR DOUTOR FRANCISCO DINIZ

Procurador Federal

Olá, bom dia a todos, quero cumprimentar, não posso deixar de fazê-lo, pois estamos aqui no STJ, o Senhor Ministro Sérgio Kukina, cumprimento, também, os meus colegas aqui da mesa, Dr. Savaris, que conheci, hoje, o Dr. Diego, esta Presidente da mesa, o meu colega o Dr. André. É realmente uma alegria participar de um evento deste, na medida em que estamos discutindo uma questão extremamente séria.

Continuando os cumprimentos, não posso deixar de cumprimentar o meu chefe, que está sentado ali, Dr. Victor, Diretor do Departamento de Contencioso, só para esclarecer, vou fazer este ponto. Sempre quando vamos fazer alguma palestra, esclarecemos sobre a AGU, que é um órgão ainda muito estranho de se entender nas entranhas do Estado brasileiro. O Departamento de Contencioso da PGF é o órgão que acompanha todas as ações nos Tribunais Superiores e na Turma Nacional de Uniformização, então, no STF, no STJ no TST, tanto em matéria previdenciária quanto todas as demais que envolvem as Autarquias e Fundações, ou seja, toda a administração indireta, entre elas o Instituto Nacional do Seguro Social, o INSS.

Cumprimento, também, o meu amigo, Dr. João Marcelo, com quem compartilho a alegria nesta missão de fazer defesa do interesse público aqui no Tribunal e nos demais, à minha colega aqui de frente, Dra. Heloísa, com quem divido a sala, inclusive, e cumprimento a todos na presença aqui do meu irmão, Dr. Alves Diniz, advogado, sempre advogado, sem nenhum exercício de cargo público, que é o meu mentor intelectual e principiológico na minha atividade de jurista, na minha atividade profissional. .

Estava lembrando hoje que, quando entrei na faculdade, aqui na UDF, e já o fiz com a idade avançada, entrei aos 25 anos, ele ia viajar e correu lá. Eu estava na fila de inscrição, para levar o dinheiro para eu pagar a primeira mensalidade. Então, isso é muito interessante, muito bacana. Ele sempre foi meu mentor, neste sentido, com quem discuto, inclusive, questões de Direito Público, de sustentações que vamos fazer. Não posso deixar de fazê-lo, neste momento, e não posso esquecer porque se não a vida acaba, de cumprimentar a minha esposa que está aqui em frente. E na presença dela, que é servidora da Justiça Eleitoral, todos os colegas, servidores aqui do STJ. Comecei a minha carreira aqui, fui Técnico e Analista Judiciário. Depois disso, fui ser Procurador, e já tenho 15 anos nesta missão.

Um detalhe importante - ainda não entrei no tema - mas é muito importante. Agradeço à Presidente do IBDP e, principalmente, à Dra. Fernanda, que está aqui na frente. Se ela não tivesse me convidado, não estaria aqui, e é um privilégio por esta oportunidade. É a segunda vez que participo, participei lá em Florianópolis, penso que no ano passado, num outro evento do IBDP, e foi muito bom, pois descobri este universo do Direito Previdenciário na área dos advogados, principalmente. E, queremos dizer aqui que, nós Procuradores, não somos inimigos de ninguém, estamos apenas para defender o órgão que precisa de defesa e, acima disso, defender o interesse público. A Advocacia Geral da União se destaca das demais procuradorias estaduais porque tem assento constitucional, e a própria lei que nos rege e que nos trouxe, nos dá, inclusive, autonomia técnica para fazer a melhor defesa do Estado. De forma que, muito do que vou falar aqui hoje, não é compartilhado com o próprio Instituto, nem com muitos colegas. Mas, aqui é um evento de índole acadêmico, e estamos aqui para tentar colaborar neste sentido.

Então, a Advocacia Geral da União é o órgão jurídico da União, que defende o Judiciário, o Legislativo e o Ministério Público. É esse órgão jurídico, que está dividido em quatro ramos: os advogados, a Procuradoria Federal, à qual pertenço, a Procuradoria da Fazenda Nacional e a Procuradoria do Banco Central. Seria bom se fosse uma coisa só, mas ainda não é. Então, há esses quatro segmentos que fazem essa defesa. Nós, como Procuradores, somos integrantes da carreira da AGU, que é o órgão, não somos do INSS. Tenho muito medo de procurador do INSS porque, em 2015, cheguei a Pelotas para

tomar conta de um juizado, os colegas que estavam lá e estavam saindo e falaram assim:

— Não fala que você é Procurador do INSS, porque eles jogam pedra.

Então, tenho medo desse nome, porque ainda usam muito.

Pessoal, com relação à reforma, é inevitável que falemos disso; não esta reforma, não aquela reforma. A reforma da Previdência Social hoje - e aí é uma questão de direito financeiro, porque temos umas incursões nesse movimento, fui aprovado algumas vezes como Procurador de Tribunal de Contas, então é um Direito que sempre estudei também. A pedra de toque hoje, do regime fiscal brasileiro, está no ajuste da reforma da Previdência. Agora, o que temos que ter noção e não é falado, é que a reforma da Previdência não é reforma apenas do regime geral, estamos falando da reforma da Previdência total: então é o regime geral, o regime público e o regime militar, incluindo o regime dos Estados, onde está, por sinal, o maior problema de caixa em questão de reforma. Só para termos um exemplo: o INSS paga, em torno de 33.000.000 (trinta e três) milhões de benefícios no nosso país. E ele teve um déficit, no ano passado, se não me engano, de 159.000.000.000 (cento e cinquenta e nove) bilhões. A União paga 900.000 (novecentas) mil aposentadorias com um déficit de 123.000.000.000 (cento e vinte e três) bilhões. Então, dá para se ter uma noção de onde que se precisa, efetivamente, mexer. A reforma da Previdência, esta ou aquela, vai ser feita, é inevitável.

Qual o modelo? Não sei. Há 22 anos, neste país, que o sistema da Previdência não se sustenta em pé: começou com uma questão muito pequena, se foi deixando, já desde o governo de Fernando Henrique, porque havia superávit, e o Estado poderia bancar. Nos últimos anos, principalmente de 2015 para cá, a coisa se tornou insuportável.

Se o Estado não cumpre, não tem como ele bancar uma receita corrente líquida, hígida, que é aquele dinheiro que se paga tudo o que o Estado deve e onde sobra para demais investimentos, o capital estrangeiro ou outro que vier a investir no país, não vem. É, por isso, que toda notícia sobre a reforma da Previdência, a bolsa sobe ou desce, é uma questão intrínseca. E isso não tem mudança, porque o outro aspecto para este país sair deste problema seria termos uma receita muito alta, coisa que no momento é impossível: a carga tributária já é altíssima, já estagna todo o meio de produção e a população; não

vamos ter a arrecadação maior. Esta arrecadação só vai subir na medida em que o país tiver um ajuste fiscal e investir em infraestrutura, e a economia começar a se movimentar. Então, a questão da reforma da Previdência é muito séria.

Falo, muitas vezes, em sustentação oral, que o INSS é o principal vetor econômico deste país, por quê? Porque 33.000.000 (trinta e três) milhões de benefícios que se paga, o envolvimento com mais ou menos 60 milhões de pessoas. Há municípios neste país que dependem única e exclusivamente dos benefícios previdenciários. Então, estamos diante de uma coisa extremamente séria.

Passado isto, vamos à tese que nos propusemos. Quando falaram o currículo dos meus colegas de mesa, fiquei com vergonha e pensei: o que é que estou fazendo aqui, porque todos são doutores, todos escritores, que conhecemos, e que conhecemos as obras que vocês conhecem e que as usamos no dia a dia. Então, agradeço, mais uma vez, à Dra. Maria Fernanda por este privilégio.

Quando a Dra. Maria me falou deste evento, no ano passado, já cogitando de fazer esta palestra, comecei a pensar: poxa, apareço lá como um procurador que vou rebater tudo o que eles vão dizer, não é por aí, porque o que temos que buscar é o interesse público. Também não me convenço da minha índole, recebida do meu irmão, de processualista, e penso que o Estado rege-se por lei, e ele não pode sair disso. Na realidade, há todo esse diálogo, mas a fonte do Poder Judiciário atuar é a lei. Se não tem lei, não pode atuar. E dessas leis principais, é o próprio processo. Lembro que o João Marcelo me falava, quando compartilhava do seu doutoramento que, se fala por aí, se analisa a civilização de um país por meio de suas leis processuais. Não me recordo o nome do autor de Direitos Humanos que fala. De imediato, é muito mais fácil eu perceber a proteção de direitos fundamentais em leis processuais do que no próprio direito material em si. E o processo é este que vai equilibrar todos na relação, o Estado, as pessoas, o juiz, as partes que intervêm. Se não tivermos um processo devidamente estruturado neste sentido, não temos o equilíbrio; é a questão da paridade de armas.

Mas, analisando o tema da coisa julgada previdenciária, me propus a desenvolver uma teoria para poder ser mais um pilar na possibilidade de

relativizar a coisa julgada. Quando falamos em coisa julgada previdenciária, na realidade, o que queremos fazer é retomarmos a teoria da relativização da coisa julgada.

Como já tomei tempo, vou começar já no tema.

Esta teoria da relativização tem dois modelos: o modelo típico, todos conhecemos, está estipulado no Código de Processo Civil, já comentado pelo Dr. Diego, ação rescisória e ação anulatória. No modelo atípico, temos as Ações Declaratórias de Constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, bem como as de Inconstitucionalidade, e o reflexo que isto vai fazer na coisa julgada. Isto, também, já está bastante resolvido no âmbito da jurisprudência do Supremo. Trouxe aqui, só para relembrarmos, o Tema 733, da Repercussão Geral do STF, que fala o seguinte:

"A decisão do STF, declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores, que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória."

Então, uma decisão do Supremo que declara um dispositivo constitucional ou inconstitucional, se isso for de encontro a uma coisa julgada, é possível que essa decisão do Supremo flexibilize ou relativize aquela decisão. Só que, tem que ser no tempo da rescisória ou dentro do próprio processo, porque, senão, se passar do prazo da rescisória, aquela sentença permanece hígida no sistema, em respeito à segurança jurídica.

Num outro precedente, e esse tem processos aqui bastante discutidos no STJ, e em todo o canto, a relativização da coisa julgada em face da decisão do Supremo, na fase executiva. Então, é aquele antigo artigo 471 do CPC, de 1973. Qual é esse caso? O que o Supremo decidiu? Trata-se do Tema 360 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, que diz o seguinte: se eu tiver uma coisa julgada e executá-la, o Supremo também tem uma decisão sobre aquele dispositivo, em sentido contrário, eu posso, na execução ou por esta questão. Aí, o Supremo diz:

— Mas, você pode opor quando? Desde quando?

Desde que a decisão do STF seja anterior à sentença exequenda. Então, o respeito aí às questões de segurança jurídica que tem que ser

anterior. Se for anterior, podemos buscar essa flexibilização de coisa julgada. Deve ser um dos temas, hoje – estava analisando aqui no STJ, há bastantes processos aqui, não é Senhor Ministro Sergio Kukina, sobre este tema, mas, já está pacificada.

Uma questão interessante que o Supremo vai apreciar e que para a minha tese, que para esta questão da coisa julgada previdenciária, pode vir a se relacionar ou não, é a questão da relativização da coisa julgada nas ações que discutem as relações jurídicas de trato continuado. A relação previdenciária que se estabelece entre o segurado e o INSS é, como regra geral, uma relação de trato continuado, até porque o efeito do tempo sobre esta relação vai produzir efeito de tudo quanto é forma, aliado aí à questão do tempo de serviço, que vai se agregar e outras coisas. Então, é uma relação de trato continuado. O Supremo não tem decisão no controle concentrado, especificando sobre essa matéria, que entrou agora. São dois RERG, vou falar o número deles: é o 949.279, do Ceará, Ministro Edson Fachin e o RERg 955.227, da Bahia, Ministro Luís Roberto Barroso. Vou ler a síntese do que se propõe:

"Delimitar o limite da coisa julgada, na hipótese de o contribuinte ter a seu favor a declaração de inexistência de relação jurídico tributária, sob o fundamento de inconstitucionalidade do tributo, por sua vez declarado constitucional, em momento posterior no controle concentrado e no difuso pelo STF."

Trata-se daquela situação em que o contribuinte propôs certa demanda, dizendo que ele não deveria pagar certo tributo, ele ganha isto. O Poder Judiciário diz a ele que não há relação jurídica entre ele e aquele tributo, e essa sentença transita em julgado. Tempos depois, este mesmo artigo vai ao Supremo Tribunal Federal, e este diz:

— Não, este artigo é constitucional.

Já existe coisa julgada imexível, como dizia o antigo Ministro Magri, porque já passou o prazo da rescisória; não se pode mexer.

Agora, é justo que os efeitos continuem, na medida em que todos os demais contribuintes vão continuar pagando, e só aquele que tem a coisa julgada não vai pagar?

Do lado do contribuinte: é justo para ele que tem a coisa julgada e que não paga que passe a pagar ou que se cobre isto, cobrando os últimos 5 anos? Então, é um tema bastante interessante. O Supremo vai se debruçar sobre isto. Por que eu trouxe isto? Porque, como se trata de relação jurídica de trato continuado, pode ser que isto tenha certa repercussão sobre a questão previdenciária; pode ser também que não.

Vamos à relativização da coisa julgada previdenciária. Começo agora no tema específico. Desenvolvi esta tese, como propõe aqui o Seminário, à luz da jurisprudência das Cortes Superiores.

Então qual é a minha ideia? Tentar trazer uma teoria de relativização de coisa julgada previdenciária, em que eu tenha um apoio, que não vai ser direto, vai ser sempre principiológico, tanto da jurisprudência quanto do próprio sistema processual vigente. Na minha visão, respeito a todos, o Direito Previdenciário não conta com processo autônomo, não conta, assim como o Direito Administrativo também não conta. Não conta o Direito Tributário e muito menos o Ambiental não conta, e o Financeiro também não conta. Todas estas questões são resolvidas à luz do Judiciário, dentro do Código de Processo Civil, com as peculiaridades que cada ramo do Direito vai trazer a este feito, porque o processo é a norma que incide sobre o direito material. Então, a incidência do processo sobre a matéria previdenciária, com certeza, produz efeitos que serão distintos da coisa julgada comum. Mas, não consigo sair também do processo, totalmente, porque tem que ser devidamente fundamentado. Então, propus esta tese, caminhando neste sentido. Vamos ter uma falha, quando chegarmos neste precedente citado pelo colega aqui do STJ. Temos um problema técnico ali, pois, aí sim, é uma questão de superação; é uma questão de interpretação.

Dentro, ainda, da questão da relativização da coisa julgada, há outra teoria, que é a teoria da relativização da coisa julgada injusta, inconstitucional, esta de viés extremamente doutrinário. Trago exemplos aqui tanto do Supremo quanto do STJ, já se aceita na jurisprudência, e é por esta tese que também vamos caminhar.

Deixe-me voltar aqui, pois os universitários bagunçaram o meu roteiro.

No Supremo Tribunal Federal tem, também, em repercussão geral, algo que já foi feito, também, em ação de inconstitucionalidade: trata-se da questão

do exame de DNA. Então, já tenho uma decisão e, em face do DNA, quero discutir o meu direito fundamental de paternidade. Esta é uma questão muito interessante. Penso que por este caminho possamos trilhar alguma coisa, de repente, com uma concretude maior e normas procedimentais.

O Tema 392 da Repercussão Geral do STF diz assim:

"É possível a repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica entre as mesmas partes for julgada improcedente por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova."

Então, está específico na jurisprudência do Supremo e na do STJ. Trago aqui o REsp 1.215.189, do Rio de Janeiro, Relator o Senhor Ministro Raul Araújo, e na síntese do entendimento ele diz assim:

"O STJ entende que, destarte máxime em ação de Estado, não se apresenta aconselhável privilegiar coisa julgada formal em detrimento do direito à identidade genética, consagrado na Constituição Federal. Direito fundamental relacionado à personalidade."

Então, temos aqui a presença desta teoria da coisa injusta condicional, também. Temos, também, um processo muito interessante, este posterior, o REsp 1.279.624, do Paraná, Relator o Senhor Ministro Luís Felipe Salomão. Trata-se de uma questão interessante. Vou tentar sintetizar aqui: determinada pessoa propôs ação de paternidade, em 1983, antes da Constituição. E esta ação foi obstada pelo fato de que, pelo Código Civil, de 1916, apenas o esposo poderia alegar a prole da esposa. Foi extinta por carência de ação, e nova demanda que chegou aqui ao STJ, entendeu-se que não, que este aspecto formal não poderia retirar dele este direito, principalmente, porque é o processo formal, e ele tendo o DNA há um elemento novo. Então, tenho uma causa de pedir diferente.

Avisaram-me que o tempo está esgotado, pessoal, e não entrei na tese. Fica aí essa questão.

Muito obrigado.

(Palmas)