

UNIVERSIDADE PARANAENSE

AUGUSTO FELIX RIBAS

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

UMUARAMA
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

AUGUSTO FELIX RIBAS

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Dissertação apresentada à banca examinadora do curso de Mestrado em Direito Processual Civil e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre, sob orientação do Prof. Dr. Fabio Caldas de Araújo.

UMUARAMA
2008

TERMO DE APROVAÇÃO

AUGUSTO FELIX RIBAS

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre da Universidade Paranaense – UNIPAR, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Fábio Caldas de Araújo
(Membro do corpo docente da Unipar)

Prof. Dr. Ivan Aparecido Ruiz
(Membro Convidado)

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iochama
(Membro do corpo docente da Unipar)

Umuarama(PR), 30 de dezembro de 2008.

Dedico esta dissertação ao meu filho, Augusto Neto, a minha mulher Karla, aos meus pais Augusto e Maria José e ao meu irmão Cesar, que estiveram ao meu lado me encorajando nos momentos difíceis.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador e amigo, Dr. Fabio Caldas de Araújo, que sem sua sabedoria, orientação e compreensão, não teria alcançado este objetivo.

Ao Dr. Jônatas Luiz Moreira de Paula e ao Dr. Celso Hiroshi Icohama, que foram muito mais que professores durante o curso, foram amigos que compartilharam seus conhecimentos.

Aos outros professores do corpo docente, pelo acréscimo intelectual que trouxeram a todos os alunos.

Aos inesquecíveis amigos do programa de mestrado, pelo companheirismo e pela troca de experiência nos diversos ramos do Direito.

Aos meus pais, Augusto e Maria José e meu irmão Cesar, pelo amor, apoio e inspiração e especialmente a minha mulher Karla, por ser esposa amorosa e mãe dedicada e pela compreensão de minha ausência nas horas de dedicação ao curso. Ao meu filho Augusto Neto, que com seu nascimento trouxe enorme alegria e felicidade à minha vida.

E finalmente, a Deus e a Nossa Senhora Aparecida, que sempre iluminaram os meus passos, tanto nas horas de alegria, quanto nas horas de dificuldade.

RIBAS, Augusto Felix. **Antecipação da Tutela nas Ações Previdenciárias** (Mestrado em Direito Processual e Cidadania). Universidade Paranaense – UNIPAR, 2008.

RESUMO

O avanço tecnológico deu dinamismo às negociações entre os diversos indivíduos do planeta. O Judiciário vem acompanhando, dentro do possível, essa evolução, para empregar celeridade na tramitação e no julgamento dos processos. A criação do processo virtual no Juizado Especial Estadual e Federal é uma forma de adaptação à modernidade e a tecnologia. Contudo, a grupos de pessoas, como os segurados da Previdência Social, que não podem esperar a tramitação normal do processo, pois o benefício lhe provém a subsistência e da sua família. A criação do instituto da antecipação da tutela possibilita que o segurado receba o benefício enquanto tramita o seu processo. O presente trabalho de dissertação tem o objetivo a análise da Seguridade Social, a divisão entre Previdência e Assistência Social e pondera sobre os princípios do segurado e da administração. Avalia o instituto da antecipação da tutela, seu conceito e pressupostos e a possibilidade de sua aplicação contra a Fazenda Pública. Finalmente, analisa a possibilidade de concessão da antecipação da tutela em cada um dos benefícios previdenciários, a defesa dos interesses dos segurados através das ações coletivas e em especial à proteção do idoso e também a possibilidade de antecipação da tutela no benefício assistencial. Conclui que, através da antecipação da tutela é possível propiciar acesso efetivo à justiça, imprimir celeridade processual, com fim de dar ao segurado, o direito material que deseja de forma célere e dinâmico.

Palavra-chave: Previdência Social, Antecipação da Tutela, Benefícios Previdenciários.

RIBAS, Augusto Felix. **Anticipating from the Protection at the Actions from the Benefits Government** (Master's Degree on Procedural Law and Citizenship). Universidade Paranaense – UNIPAR, 2008.

ABSTRACT

Technological advances gave momentum to the negotiations between the various individuals on the planet. The Judiciary is accompanied, where possible, such developments, for use in processing speed and trial procedures. The creation of the virtual procedure in State and Federal Special Court is a way of adapting to modernity and technology. However, the groups of people, as the insured's Social Security, which can not wait for the normal conduct of proceedings, as the benefit it comes to subsistence and their families. The creation of the Office of the anticipation of protection enables the insured receives the benefit as the deal process. The work of this dissertation is aimed to examine Social Security, the division between Welfare and Social Welfare and weighs on the principles of the insured and the administration. Assesses the institution of the anticipation of trust, its concept and assumptions and the possibility of its application to the Public. Finally, examine the possibility of granting protection in advance of each of the benefits, the protection of policyholders interests through collective actions and in particular the protection of the elderly and also the possibility of anticipation in the custody of welfare benefit. It concludes that, by anticipation of guardianship can provide effective access to justice, procedural print speed, with view to the insured, the right material you want in a quick and dynamic.

Keyword: Security Social, Anticipating from the Protection, Benefits Government.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUÇÃO.....	10
2 CONCEITO DE SEGURIDADE SOCIAL.....	12
3 DISTINÇÃO ENTRE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	14
4 PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL.....	16
5 PROCESSO PREVIDENCIÁRIO.....	18
5.1 Princípios gerais e princípios específicos do Processo Previdenciário.....	19
5.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	19
5.1.2 Princípio da Duração Razoável do Processo.....	20
5.1.3 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório.....	21
5.1.4 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular e da Indisponibilidade.....	22
5.2 Colisão dos Princípios dos Segurados com os da Autarquia Previdenciária.....	22
6 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	25
6.1 Breve histórico da Antecipação da Tutela.....	27
6.2 Conceito da Antecipação da Tutela.....	28
6.3 A possibilidade da Antecipação da Tutela contra a Fazenda Pública.....	29
6.4 Pressupostos.....	32
6.4.1 Verossimilhança das alegações.....	33
6.4.2 Prova inequívoca.....	34
6.4.3 O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	36
6.4.4 Abuso do direito de defesa.....	38
6.4.5 O manifesto propósito protelatório do réu.....	39
6.4.6 Irreversibilidade do provimento antecipatório.....	40
6.4.7 A parte incontroversa da lide.....	41

6.5 A Antecipação da Tutela do art. 273 e do art. 461 ambos do Código de Processo Civil e as astreintes.....	42
6.6 A Antecipação da Tutela nos Juizados Especiais Federais.....	43
7. MOMENTO OU OPORTUNIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.....	46
7.1 Benefícios de Auxílio Doença, Auxílio Doença Acidentário, Auxílio Acidente e Aposentadoria por Invalidez.....	48
7.2 Benefício de Aposentadoria por Idade.....	50
7.3 Benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição.....	52
7.4 Benefício de Aposentadoria Especial.....	54
7.5 Benefício de Pensão por Morte.....	55
7.6 Benefício de Salário Maternidade.....	58
7.7 Benefício de Auxílio Reclusão.....	59
7.8 Benefício de Prestação Continuada.....	60
8 A DEFESA DOS SEGURADOS POR INTERMÉDIO DA TUTELA COLETIVA.....	64
8.1 Do mandado de segurança coletivo.....	64
8.2 Da ação civil pública.....	65
8.3 Momento ou oportunidade da antecipação da tutela nas ações coletivas.....	67
8.4 A defesa dos idosos por intermédio da tutela coletiva.....	69
9 RECURSO CABÍVEL EM CASO DE DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	72
10 CONCLUSÕES.....	74
REFERÊNCIAS.....	80

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira está em constante modificação na área social, política e econômica, em decorrência da globalização e dos avanços tecnológicos. O Direito como ciência, também sofre adaptações para acompanhar tais transformações. Dentre as alterações ocorridas nesta área, aspira-se a tentativa de realizar uma ordem jurídica rápida e célere, para tutelar o direito material.

Ao servidor autárquico, não é dada a possibilidade de interpretação da legislação previdenciária, mas somente a sua aplicação, o que leva a inúmeros indeferimentos de benefícios previdenciários e, portanto, a propositura ações previdenciárias que abarrotam o Judiciário.

Estudamos a construção doutrinária e a evolução jurisprudencial acerca da efetivação dos direitos dos segurados da Previdência Social, da leitura de seus princípios e da possibilidade de diminuir a espera do provimento jurisdicional com o fim de receber o bem da vida, este fato suscita-nos aprofundamento da questão, uma vez que há diferença considerável na comprovação da filiação dos segurados urbanos e rurais, refletindo assim na demora do trâmite processual e, por conseguinte, na demora da obtenção do benefício.

Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise reflexiva sobre a antecipação da tutela nas ações previdenciárias. Propõe-se a examinar o conceito de Seguridade Social e os seus princípios, bem como realizar a distinção entre Previdência e Assistência Social.

Também, analisa-se o procedimento sumário à luz da Lei n.º 10.259/2001 que criou os Juizados Especiais Federais. Além disso, examinaremos os princípios preponderantes dos segurados e os princípios preponderantes da autarquia previdenciária e a colisão resultante deste conflito.

Em seguida examina o instituto da antecipação da tutela, através de um breve histórico do instituto, seu conceito, a possibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, os pressupostos da antecipação da tutela – verossimilhança das alegações, prova inequívoca, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório do réu, irreversibilidade do provimento antecipatório e a parte incontroversa da lide – os arts. 273 e 461 ambos do Código de Processo Civil e as astreintes; a antecipação da tutela nos Juizados Especiais Federais.

Ainda analisa o momento ou oportunidade da antecipação da tutela nas ações previdenciárias que versam nos benefícios de auxílio doença, auxílio doença acidentário, auxílio acidente, aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, pensão por morte, salário maternidade, auxílio reclusão e benefício de prestação continuada.

Examina também a possibilidade de defesa dos segurados através de ação coletiva, em especial o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública e a ação popular, bem como a possibilidade da defesa dos idosos através de ação coletiva.

Finaliza tais reflexões examinando qual o recurso cabível na decisão que defere a antecipação da tutela e qual o recurso cabível quando a antecipação da mesma é deferida no bojo da sentença.

2 CONCEITO DE SEGURIDADE SOCIAL

A Constituição Federal, traz no *caput* do art. 194,¹ o que venha ser a composição da Seguridade Social e não o seu conceito, pois neste se vislumbram apenas os três ramos de atuação: saúde, previdência e assistência social.

Com propriedade, MARTINEZ (1992, p. 40) afirma que inobstante subsistir quase unanimidade entre os estudiosos de que se trata de uma técnica de proteção social, um seguro social avançado, o constituinte de 1988 concebe a seguridade social como um gênero ou um vasto programa tornado possível através da saúde, previdência e assistência social. Bem lido o *caput* do art. 194, tem-se ali um dispositivo não de previdência ou seguridade, mas de Direito Securitário (“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações, de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”). Verdadeiramente, porém, pretende-se garantir a saúde, a previdência e a assistência social, mais do que o direito a essas instituições.

Dessa forma, infere-se que o constituinte de 1988 não estava preocupado em conceituar a Seguridade Social mas fornecer os elementos de atuação e abrangência com o fim de efetivá-lo. Para BALERA (1989, p. 33) pode-se dizer que a seguridade social representa uma evolução na concepção do papel do Estado e da sociedade. A proteção quase total dos indivíduos, nas situações de necessidade, depende das iniciativas do Poder Público e do conjunto da sociedade. E o ordenamento constitucional lhe confere três instrumentos para o cumprimento dos objetivos da ordem social: o sistema de saúde, o sistema de previdência e o sistema de assistência social.

Porém, necessário se faz trazer o conceito de Seguridade Social para preencher o vácuo legislativo. Segundo MARTINS (1996, p. 38) pode-se conceituar a Seguridade Social como um conjunto de princípios, normas e instituições, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social.

¹ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

No magistério de IBRAHIM (2003, p. 06) a seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida.

Contudo, quem melhor define tal conceito é LEITE (1994, p. 17) ao afirmar que em última análise a seguridade social deve ser entendida e conceituada como o conjunto das medidas com as quais o Estado, agente da sociedade, procura atender à necessidade que o ser humano tem de segurança na adversidade, de tranqüilidade quanto ao dia de amanhã. A capacidade de pensar é uma das características mais marcantes do homem; e pensar no futuro é uma forma ao mesmo tempo natural e avançada de exercer essa capacidade.

3 DISTINÇÃO ENTRE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

Necessário se faz a distinção entre Previdência e Assistência Social, pois a doutrina ainda não é pacífica acerca destas abordagens, por vezes, confundindo Previdência com Seguridade Social ou Previdência com Assistência Social.

Para MARTINEZ (1992, p. 83) a Constituição Federal firma nítida distinção entre as duas técnicas, abrindo capítulo inteiro para a assistência social, ao lado da Previdência Social. E não é só isso; de certa forma, conceitua-as diferentemente, fixando a nuclearidade de cada uma delas, considerando-as globalmente instrumentos da seguridade social, que pretende criada ao agrupá-las sob o mesmo Cap. II do Tít. VIII – *Da Ordem Social*. E acrescenta dizendo que à vista do *caput* do art. 203, tem-se que as prestações assistenciárias, ou seja, os pequenos beneficiários e os serviços são efetivados sem contribuição (direta do assistido), enquanto as prestações previdenciárias, isto é, os benefícios em dinheiro, são custeados pelo beneficiário e pelas empresas. Construção convencional, mantém, inclusive com efeitos práticos, a distinção doutrinária entre poder potestativo dos primeiros e direito subjetivos dos últimos.

A esse respeito conceitua PERSIANI (2007, p. 27) *“la previdenza sociale, invece, assolveva alla funzione specifica di tutela dei lavoratori in quanto espressione di una solidarietà imposta esclusivamente ai loro datori di lavoro e, quindi, era limitata sia riguardo ai soggetti protetti che agli eventi previsti”*.

Podemos concluir então que, para ter direito a Previdência Social, o segurado deve estar filiado e isso se dá com a sua contribuição ao Regime Geral da Previdência Social, contribuição esta realizada de forma compulsória e em pecúnia. Sem contribuição não há filiação e sem filiação não há cobertura pela Previdência Social.

Contudo, isso não ocorre na Assistência Social, que tem por objetivo garantir o mínimo de subsistência àqueles que foram abandonados a própria sorte. Conceitua PERSIANI (2007, p. 27) *“l’assistenza sociale assolveva ad una genérica funzione di tutela degli indigenti e costituiva espressione di una solidarietà ambigua e, comunque, limitata alle disponibilità degli enti erogatori”*.

O financiamento da Assistência Social se dá através do Estado e de forma indireta, através do recolhimento de tributos, onde parte deles são destinados a

suprir a necessidade destas pessoas. A diferença crucial dos dois institutos se dá pela ausência (assistência) ou não de contribuições (previdência).

Confundem-se aqueles que pensam que os benefícios assistenciais são financiados diretamente pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, órgão este responsável pela implantação e fiscalização desses benefícios que tem o INSS apenas como gestor. Estes benefícios se encontram no art. 20 da Lei 8.742/93 e no art. 34 da Lei n.º 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), ou seja, o INSS apenas observa se o beneficiário preenche os requisitos da legislação de regência, defere e fiscaliza o benefício assistencial, conhecido como benefício de prestação continuada.

A distinção entre Previdência e Assistência Social é criticada pela doutrina, pois quando se fala em seguridade social, se tem a idéia de ‘cobertura universal’ de todas as pessoas que fazem parte da nação. BALERA (1989, p.94) afirma que são apenas os assalariados os titulares da maior parte dos direitos sociais. Mais de trinta por cento da população economicamente ativa, por conseguinte, está excluída do sistema protetivo que o constituinte engendrou. É a referida ambivalência, a que aludimos acima: sistema de cobertura universal onde nem todos estarão universalmente cobertos.

Contudo, enquanto a legislação distinguir a função dos institutos, ainda não ter-se-á ‘cobertura universal’ a todos os cidadãos.

Partindo então, da distinção entre Previdência Social e Assistência Social, passar-se-á a focar os princípios que norteiam a seguridade e a previdência.

4 PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL

Para cada ramo do direito, tem-se princípios, doutrinas, legislações e conceitos próprios. Para COIMBRA (1999, p. 27-28) ao Direito Previdenciário seria inadmissível negar a posse desses requisitos. Tem, como objeto de estudo, as relações jurídicas, não dos trabalhadores assalariados com seus empregadores, mas as desses trabalhadores e dos demais, bem como de seus dependentes, com o Estado. O objeto dessas relações, igualmente, é diverso e mais amplo que as do Direito do Trabalho, não se confundindo, por outro lado, com as relações derivadas do Direito Administrativo, pois se situam-se no campo específico da proteção social. Dá a diferentes institutos, tais como o direito da companheira, o de alimentos, o conceito de dependência e muitos outros, colorido diferente daquele que, aos mesmos institutos, dão os ramos do Direito Privado.

Por isso os contornos de seus princípios vêm esculpidos na Constituição Federal, por vezes implícitos, por outras vezes explícitos. MARTINEZ (2001, p. 100) afirma que os princípios da Seguridade Social são: a) extensão do campo de aplicação, generalizando-se a toda a população; b) afastamento parcial da correlação estrita entre o pagamento da contribuição e os benefícios; c) unificação dos riscos e das respectivas reservas; d) extensão do amparo a novas formas de necessidades vitais e; e) alta consideração dos benefícios assistenciais, em natureza, principalmente os serviços médicos.

Há na doutrina quem considere os princípios descritos no art. 194, parágrafo único, incisos I a VII e art. 195 e seus incisos, todos da Constituição Federal de 1988, como princípios da Seguridade Social.

Entende-se, que os princípios ali descritos têm correlação direta com a Previdência Social, que é a espécie, da qual a Seguridade Social é gênero. Os princípios como o da Eqüidade na Forma de Participação no Custeio e da Diversidade da Base de Financiamento são exemplos típicos de princípios da Previdência Social.

Por Eqüidade na Forma de Participação no Custeio IBRAHIM (2003, p. 45) entende que não se trata do conceito clássico de capacidade contributiva, originário do Direito Tributário, o qual até excluiria a contribuição em algumas situações. A capacidade citada tem como limite o caráter necessariamente contributivo do sistema. Ainda que dotado de poucos recursos, o trabalhador é compulsoriamente

filiado ao regime, sendo obrigado a contribuir. O que se pode fazer é reduzir sua contribuição, compensando esta perda com o aumento da cotização de outros mais abastados.

Já por Diversidade da Base de Financiamento, IBRAHIM (2003, p. 45) afirma que diversas fontes propiciam maior segurança ao sistema, o qual não estaria sujeito a grandes flutuações de arrecadação, em virtude de algum problema em contribuição específica.

Com base na conceituação anteriormente citada, observa-se que os princípios trazidos como exemplos fazem parte da Previdência Social e não da Seguridade Social, que é mais ampla.

5 PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

O processo previdenciário tem as suas peculiaridades em relação a outros processos. Nem tanto em relação aos procedimentos ordinários e sumários, mas sim em relação ao procedimento sumaríssimo, que tem legislação específica.²

Contudo, *prima facie* depara-se com a seguinte situação: com o advento da Lei n.º 10.259/2001, o procedimento sumário descrito no art. 275 e seguintes do Código de Processo Civil tornou-se letra morta no processo previdenciário. Ambos os procedimentos requerem causas que não excedam sessenta salários mínimos, mas depende do foro escolhido pelo segurado.

A Constituição Federal em seu art. 109, inciso I da Constituição Federal de 1988 delimita a competência da Justiça Federal para processar e julgar ações em que for parte autarquia pública federal (INSS). Desta forma, a Justiça Federal teria competência absoluta.

Ocorre que, o parágrafo terceiro do art. 109 da Constituição Federal de 1988, atribui à Justiça Estadual competência concorrente com a Justiça Federal, desde que no município onde residir o segurado não tenha instalada Vara da Justiça Federal, ficando assim a critério do segurado a propositura da ação onde lhe mais convier.

Retomando a discussão anteriormente aberta. Se o segurado propuser ação perante a Justiça Estadual, dando valor da causa até 60 salários mínimos, o rito deverá ser, obrigatoriamente o sumário, conforme o art. 275, inciso I do Código de Processo Civil, não havendo o que se falar em aplicação analógica da Lei n.º 10.259/2001. Por outro lado, se proposta a mesma ação perante a Justiça Federal, deve a mesma tramitar pelos moldes da Lei do Juizado Especial Federal, pois nestes casos, a sua competência é absoluta, conforme o parágrafo terceiro do art. 3º da Lei n.º 10.259/2001. Assim, o micro-sistema (Juizado Especial Federal) prevalece sobre o macro-sistema (Código de Processo Civil), devendo o primeiro apenas socorrer-se do segundo, quando houver alguma lacuna.

Pode-se concluir que em matéria previdenciária, após o advento da Lei n.º 10.259/2001, o rito sumário descrito no Código de Processo Civil está em desuso e não mais se aplica nos processos em tramite perante a Justiça Federal.

² Lei n.º 10.259/2001 – que implantou no âmbito da Justiça Federal os Juizados Especiais.

5.1 Princípios gerais e princípios específicos do Processo Previdenciário

A seguir observa-se então a análise dos princípios que norteiam o processo previdenciário. Analise esta pertinente, já que os princípios processuais agregados aos princípios previdenciários, fundamentarão ou restringirão a aplicação da antecipação de tutela no âmbito previdenciário.

5.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Destaca SANTOS (1999, p. 77) que a doutrina brasileira não tem se dedicado, como deveria, ao assunto em tela. A maioria dos comentadores da Constituição de 1988 sequer a ele se referem. E aqueles que ainda tratam do tema, fazem-no de modo assaz sintético. Ocorre que, nem mesmo o autor citado conceitua o princípio ou dá a sua dimensão ou amplitude. SANTOS (1999, p. 113), apenas limita-se a dizer que “com efeito, em virtude da primazia da dignidade da pessoa humana, esta há de permanecer inalterável qualquer que seja a situação em que a pessoa se encontre, constituindo em conseqüência, um *minimum* invulnerável que todo o ordenamento jurídico deve assegurar, e que nem nenhum outro princípio, valor, ser pode sacrificar, ferir o valor da pessoa”.

Segundo CANOTILHO (2003, p. 225) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos-organizacionais.

Verifica-se na jurisprudência dos Tribunais, a tendência de aplicação do princípio da dignidade de pessoa humana, como fundamento isolado para a concessão de antecipação de tutela em direito previdenciário. Não há dúvidas da sua importância, quanto fundamento, contudo, desde que observados os outros requisitos para a obtenção do benefício, que se preenchidos, autorizariam a concessão da antecipação de tutela.

Quem bem analisa essa questão é SARLET (1998, p. 98) ao afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana, há que apontar, no mínimo, para a circunstância de que a tese enunciada, no sentido de que todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade humana e de que

este justamente por este motivo pode ser tido como elemento comum à matéria dos direitos fundamentais, merece ser encarada, ao menos de início, com certa reserva. Em primeiro lugar, parece oportuna a menção – de modo especial à luz de nosso direito constitucional positivo – de que se revela no mínimo passível de discussão a qualificação do princípio da dignidade da pessoa humana, considerando em si mesmo, como um autêntico direito fundamental autônomo, em que pese sua importante função, seja como elemento referencial para a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais (mas não só destes), seja na condição de fundamento para a dedução de direitos fundamentais decorrentes.

Quanto as diversas interpretações dadas pelos Tribunais, ao princípio da dignidade da pessoa humana SOARES (2005, p. 07-08) alerta que esta pluralidade de opções semânticas revela a necessidade do uso competente e responsável da linguagem jurídica e do discurso da dignidade da pessoa humana, evitando que a sua utilização equivocada resulte na banalização e trivialização deste importante princípio constitucional. Isto porque a adequada delimitação hermenêutica do princípio da dignidade humana tende a coibir interpretações desarrazoadas, evitando que ocorra, pelo seu elastecimento, a dessubstancialização conceitual, com prejuízos à efetividade da própria tutela da personalidade.

Concluí-se então, que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser feita de modo isolado. A sua leitura deve ser realizada no bojo do caso concreto, juntamente com os demais princípios constitucionais; processuais e com a legislação previdenciária.

5.1.2 Princípio da Duração Razoável do Processo

O novel princípio trazido pela Emenda Constitucional n.º 45, de 30.12.2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Conforme dispõe NERY JUNIOR e NERY (2006, p. 140) a norma garante aos brasileiros e residentes no Brasil o direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo. Razoável duração do processo é conceito legal indeterminado que deve preenchido pelo juiz, no caso concreto, quando a garantia for invocada. Norma de eficácia plena e imediata (CF 5º § 1º), não necessita de regulamentação para ser aplicada. Cabe ao Poder Executivo dar meios materiais e logísticos suficientes à

administração pública e aos Poderes Legislativo e Judiciário, para que se consiga terminar o processo judicial e/ou administrativo em prazo razoável.

No Direito Constitucional Português, existe princípio análogo, que, para CANOTILHO (2003, p. 492) são procedimentos judiciais céleres e prioritários de modo a obter a tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de direitos, liberdades e garantias.

O princípio da duração razoável do processo é de suma importância no direito previdenciário, pois os benefícios previdenciários têm carácter alimentar. Ou seja, o segurado depende do benefício como fonte de renda e subsistência, tanto dele, quanto da família que depende do segurado, não podendo assim ficar à mercê da burocracia da autarquia previdenciária e nem da morosidade do judiciário.

No mesmo sentido MORAES (2006, p. 306) afirma que os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões.

Conclui-se que o princípio da razoável duração do processo é um dos principais fundamentos, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, que autorizam o segurado a requerer o pedido de antecipação de tutela no processo previdenciário.

5.1.3 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

Se por um lado temos os princípios da dignidade da pessoa humana e da duração razoável do processo tutelando os interesses dos segurados da Previdência Social, por outro lado, temos o princípio da ampla defesa e do contraditório tutelando os interesses da autarquia previdenciária.

Ao comentar o princípio da ampla defesa e do contraditório, ROSAS (1999, p. 46) afirma que esta é garantia político-constitucional do indivíduo. É um meio técnico que a lei se vale para a condução do processo e garantir os fins da justiça.

Já para MORAES (2006, p. 260-261) por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo

ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação diversa daquela feita pelo autor.

Desta forma o princípio da ampla defesa e do contraditório se contrapõe aos princípios da dignidade da pessoa humana e da duração razoável. Se de um lado se tem o segurado necessitando do benefício antes do trânsito em julgado da sentença, do outro, tem a autarquia previdenciária o direito de apresentar as razões motivadoras do indeferimento ou cessação do benefício pleiteado, isso é, direito de defender-se.

5.1.4 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular e da Indisponibilidade

Pode-se ainda incluir no rol dos princípios que tutelam a autarquia previdenciária, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Fundamenta MELLO (2005, p. 85) que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

Podemos concluir que este princípio veda ao segurado, o direito na concessão de benefícios previdenciários que não estão em consonância com a legislação de regência, ou seja, veda o direito do segurado não inscrito ou irregularmente inscrito, na percepção de benefício previdenciário que não faz jus, em detrimento dos inúmeros segurados inscritos regularmente e que contribuem ao Regime Geral da Previdência Social.

5.2 Colisão dos Princípios dos Segurados com os da Autarquia Previdenciária

Alguns autores não admitem a existência de colisão de princípios. Segundo SANTOS (1999, p. 73-74) a metodologia tradicional, inexistente a possibilidade de

colisão entre princípios, ao contrário, ela é apenas aparente e decorre do “equívoco havido na técnica de interpretação utilizada”. Com efeito, eles se caracterizam pela complementaridade, em que são condicionantes uns dos outros.

Crê-se que somente o exame do mérito no caso concreto é que se pode ventilar a inexistência de colisão de princípios no processo previdenciário, pois ou o segurado tem direito ao benefício ou a autarquia previdenciária tem direito de negar-lhe o benefício, não havendo assim colisão de princípio algum.

Tal fato não ocorre num juízo de verossimilhança para a concessão de antecipação de tutela, pois o exame da prova, dos princípios e da legislação não impõe ao julgador um juízo de certeza quanto ao mérito da causa, devendo então o juízo ponderar acerca dos princípios anteriormente apresentados.

A esse respeito LARENZ (1997, p. 574-575), afirma que em caso de conflito de normas, o Judiciário se serve do método da ‘ponderação de bens no caso concreto’ para determinar o alcance em cada caso dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si no caso concreto. E acrescenta que caso queira que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si.

No processo previdenciário não é diferente. Em um juízo de verossimilhança para a concessão de antecipação de tutela, deve o juiz ponderar se os princípios apresentados pelo segurado devem, ou não, prevalecer sobre os princípios da autarquia previdenciária.

CANOTILHO (2003, p. 1229) afirma que existem dois tipos de colisão de direitos fundamentais, o primeiro é a colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício do direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular; o segundo é a colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.

As duas hipóteses podem ocorrer no processo previdenciário. No primeiro caso, se tem a colisão entre direitos fundamentais do segurado com os da autarquia previdenciária, como já foi tratado aqui. E no segundo caso, se tem de um lado o direito fundamental, princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo,

colidindo com a legislação infraconstitucional que regula a Lei de Benefícios Previdenciários.³

Para solucionar ambos os casos, num juízo de verossimilhança para a concessão de antecipação de tutela, deve o segurado demonstrar a preponderância do seu direito à obtenção do benefício. Tendo o magistrado dúvida, deve-se negar o pedido de antecipação de tutela, pois esta atrai a preponderância dos princípios da autarquia previdenciária.

³ Lei n.º 8.213/91.

6 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

A demora na tramitação e no julgamento de processos, fez com que os processualistas começassem a pensar em técnicas para reduzir o tempo do processo. A criação do instituto da Antecipação da Tutela, advinda com a Lei n.º 8.952 de 13 de dezembro de 1994, que modificou o Código de Processo Civil, é um grande avanço no campo do Processo Civil, para se dar efetividade à tutela jurisdicional. BUENO (1997, p. 40-41) afirma que o agigantamento do Estado, passou-se a ter necessidade do aparecimento e desenvolvimento de remédios próprios, prontos e eficazes contra a atuação do Estado, em parâmetros e graus mais elevados. Se o grande objetivo do Estado de Direito é a proteção do particular contra as ingerências descabidas e descomedidas do Estado, evidente que o particular, na medida em que a atividade do Estado passou a ser reclamada nas mais diversas facetas do cotidiano, precisava dispor de remédios (ou, na verdade, contra-remédios) contra a atuação deste mesmo Estado e ver, assim, eficazmente, realizadas as prescrições de *liberdade* constantes da Constituição.

Antes da promulgação da Lei que criou o instituto na Antecipação da Tutela, ARMELIN (1992, p. 49-50) já apontava a necessidade de adoção dessas técnicas diferenciadas com o objetivo de atender ao reclamo de uma efetiva prestação jurisdicional, considerando, de um lado, que, para alguns direitos torna-se conveniente sacrificar a certeza e segurança resultante lastreada em cognição plena e exauriente e, pois, qualificada pela imutabilidade, às exigências de sua rápida e concreta satisfação. De outro lado, leva-se em conta a inexistência ou insubsistência manifesta, efetivas ou virtuais, da defesa do réu, inibindo o abuso do direito a essa defesa e eliminando, em parte, o dano marginal decorrente da excessiva demora na prestação jurisdicional.

O autor da demanda sempre sofre pela demora na prestação jurisdicional, com o tempo da tramitação processual e de sua decisão, bem como com os recursos 'com efeito suspensivo'. Com propriedade MARINONI (1994, p. 57) afirma que a problemática da tutela antecipatória requer seja posto em evidência o seu eixo central: o "tempo". Se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo ele desempenha idêntico papel, pois processo também é vida. O tempo do processo angustia os litigantes; todos conhecem os males que a pendência da lide pode produzir. Por outro lado, a demora processual é tanto mais insuportável quanto

menos resistente economicamente é a parte, o que vem a agravar a quase que insuperável desigualdade substancial no procedimento. O tempo, como se pode sentir, é um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo.

Outro avanço do instituto da antecipação de tutela é a dispensa da regra da exigência de título judicial formado por sentença com trânsito em julgado, para expropriar bens do réu ou determinar que o mesmo faça ou deixe de fazer algo.

Com objetividade THEODORO JÚNIOR (1999, p. 13) lembra que o mais importante do instituto da antecipação de tutela localiza-se na quebra do dicotomismo rígido, concebido pelo direito processual clássico, entre o processo de conhecimento e o processo de execução. Permitindo a tomada de medidas de natureza prática dentro do âmbito do processo de conhecimento, a tutela antecipada entra logo, no plano da execução e pode, em alguns casos, até mesmo dispensar o uso da futura *actio iudicati*, já que o efeito prático provisoriamente alcançado se tornaria definitivo, após a sentença e, conforme sua extensão, esvaziaria por completo a execução forçada. Em tal conjuntura, a pretensão do autor, definida a sentença, já estaria satisfeita de antemão pela medida antecipada. O efeito da sentença de mérito operaria por meio da simples transformação em definitiva da providência antes realizada em caráter provisório.

Ressalta-se ainda o fato de que a antecipação da tutela não serve somente para manutenção da situação anterior à propositura da ação como afirma BIDART (1986, p. 104) *“la tutela procesal, lo reiteramos tanto puede ir dirigida al mantenimiento del status quo ante, como a su transformación, tanto con relación al proceso y en vista de un acto procesal ulterior, como para disciplinar la situación sustantiva objeto del proceso”*.

Contudo, a demora na tramitação processual tem outras causas, como por exemplo, a escolha do procedimento adotado para a propositura da demanda. Se o autor opta pelo procedimento ordinário, quando poderia utilizar-se do procedimento sumário ou do micro-sistema do juizado e a demanda requer prova pericial, por exemplo, o autor arca com a demora natural da tramitação do procedimento escolhido. Para ARMELIN (1992, p. 50) a exigência de cognição plena não é por si só e sempre um empeco à celeridade da prestação jurisdicional, cujo retardamento tem raízes outras e, por vezes, acentuadamente determinantes de sua ocorrência. Por isso deve somente ser arrendada quando, pelas conseqüências no *iter* procedimental, pode dar causa ao dano marginal da excessiva duração do processo,

que deve ser medida em face da natureza da pretensão nele veiculada. Ou ainda, quando a existência do direito do autor se demonstra evidente.

6.1 Breve histórico da Antecipação da Tutela

THEODORO JÚNIOR (1999, p. 12) aduz que diante das modernas concepções de instrumentalidade e efetividade do processo, medidas que representassem atenção maior e tutela mais pronta e imediata ao direito subjetivo sob risco de frustração, pela demora da tutela jurisdicional. Assim, aos poucos a jurisprudência foi, lentamente, ampliando o uso do poder geral de cautela para fazer produzir resultados satisfativos, sempre que o direito material em jogo estivesse sob risco de inutilizar-se caso não executado desde logo. BAUR (1985, p. 49) alerta que, existem grupos de casos em que não se pode pensar senão em um provimento que tenha por conteúdo aquela conseqüência jurídica que é dada pelo direito material, *ou* que satisfaça o fim da providência reguladora. MARINONI (1993, p. 80) afirma que esta distorção foi fruto da necessidade de celeridade, ou melhor, da equação da questão rapidez-segurança, e, em outras palavras, da exigência da efetividade da tutela dos direitos. Surgiram, não sem grandes contestações, medidas cautelares satisfativas, por criação pretoriana.

Complementa MARINONI (1992, p. 17) afirmando que a utilização indiscriminada da tutela cautelar surgiu, portanto, como uma conseqüência da superação da ordinaryness, e da tendência, daí decorrente, à busca de tutelas sumárias, entendidas estas como aptas à obtenção de uma sentença rápida e capaz de tornar efetivo o direito material. Finaliza MARINONI (1994, p. 42) dizendo que a doutrina sempre esteve preocupada com a construção de um sistema linear puro, em que o processo de conhecimento e processo de execução estivessem rigidamente delimitados. Assim, ainda não foi capaz de suportar a evidência de que o procedimento ordinário não mais corresponde aos anseios de tutela de uma sociedade de massa presidida pelo princípio da aparência. A necessidade de uma tutela fundada em aparência (*fumus boni iuris*) em virtude da demora do procedimento ordinário, é que fez surgir a imagem da tutela antecipatória.

Lembra FADEL (1998, p. 15) que o novo instituto processual superou a inflexibilidade do princípio romanístico do *nulla executio sine titulo*, já que se inseriu no processo de conhecimento a possibilidade de *executar* medidas práticas em favor

do direito da parte antes da formação do título executivo sentencial, fundado em cognição provisória e não exauriente. Representou a inovação processual “um rompimento com a tradição romano-canônica, que revestiu o processo civil brasileiro e que só tornava possível qualquer medida satisfativa com sentença definitiva, ato final do Juiz no processo de cognição, que, por isso mesmo, tinha de ser exauriente.

E finalmente GRINOVER (2005, p. 17) atesta que no Brasil, sempre houve tutela antecipada específica em temas tradicionais, bem como as chamadas “liminares” em “*writs*” como mandado de segurança. Mais tarde, toda e qualquer ação coletiva passou a gozar de uma possibilidade de antecipação de tutela, desde a legislação sobre a ação civil pública de 1985, aperfeiçoada pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990. Essa tutela antecipada específica acabou sendo incorporada pela reforma de 1994 do art. 273 do Código de Processo Civil, como regra geral de antecipação dos efeitos de qualquer sentença de mérito, incluindo as destinadas ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer (art. 461, CPC), bem como na entrega de coisa (art. 461-A).

6.2 Conceito da Antecipação da Tutela

NERY JÚNIOR (1997, p. 383) conceitua tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de *execução lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.

Mais sucinto, THEODORO JÚNIOR (1997, p. 188) afirma que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio.

Na doutrina italiana, SATTA (2000, p. 820-821) “*questi provvedimenti tendono ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul mérito, e possono essere richiesti dalla parte che, durante il tempo occorrente per fare valere il suo diritto in via ordinária, ha fondato motivo di temere che esso sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile*”.

Conceitua-se antecipação da tutela como o instituto de que se serve o autor ou o réu (em caso de reconvenção ou pedido contraposto) para, mediante requerimento ao juízo da causa, pleitear o adiantamento parcial ou total dos efeitos pretendidos na sentença de mérito, desde que preenchidos os seus requisitos autorizadores.

6.3 A possibilidade da Antecipação da Tutela contra a Fazenda Pública

Necessário se faz, a abordagem prévia desde tópico, anterior a análise dos pressupostos da antecipação da tutela, haja vista que, se optar-se pela não concessão da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, da qual a autarquia previdenciária faz parte, os demais comentários que seguiriam este tópico seriam inócuos. Porém, entende-se ser possível, a antecipação da tutela contra a autarquia previdenciária.

A Lei n.º 8.437 de 30 de junho de 1992 dispõe sobre a impossibilidade de concessão de liminar em procedimento cautelar ou preventivo, contra a Fazenda Pública. Verifica-se claramente que a vedação que trata a lei citada é a de vedação de liminar em procedimento cautelar e não a de liminar que concede a antecipação da tutela. O procedimento cautelar não se confunde com o procedimento da antecipação da tutela, já que são regidos por arts. distintos do Código de Processo Civil.

Com a posterior edição da Lei n.º 9.494 de 10 de setembro de 1997, se faz algumas ressalvas a possibilidade de concessão de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. Ao discorrer sobre a possibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, NERY JUNIOR (1997, p. 390) dispõe que o sistema jurídico brasileiro admite o adiantamento da tutela, mesmo quando requerido contra a Fazenda Pública. Desde que a antecipação possa ocorrer sem violar o art. 100 da Constituição Federal (precatórios), pode ser deferida, em tese, contra a Fazenda Pública. O autor citado segue afirmando que a objeção que se coloca para não se admitir a tutela antecipada contra a Fazenda Pública reside na necessidade da remessa obrigatória (art. 475, II, do CPC) para que a sentença possa produzir efeitos. Com a devida licença, o fato de a sentença proferida contra a Fazenda Pública estar sujeita ao reexame obrigatório para produzir efeitos não significa *per se* obstáculo para que o juiz possa adiantar a tutela de mérito ou seus efeitos.

Na mesma linha de pensamento, MARINONI (2006, p. 330) assevera que a tese lembra que o art. 475 fala em *sentença* e *não em decisão* e que, portanto, é apenas a *sentença* que não pode produzir efeitos antes de confirmada pelo tribunal, é totalmente equivocada. Tal linha de raciocínio levaria à conclusão, absolutamente absurda, de que o art. 475 poderia impedir – em um sistema que tivesse como regra a execução imediata da sentença – a execução imediata contra a Fazenda Pública, mas não a tutela antecipatória.

Com o advento da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que incluiu o inciso VII ao art. 520 do Código de Processo Civil, surgiu mais uma base legal para a possibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. É que a introdução desse inciso se choca com o inciso I do art. 475, também modificado pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001.

Com a colisão evidente entre os arts., trazemos os argumentos apresentados pelo Ministro Edson Vidigal, quando do julgamento do REsp nº 204.881/SP.⁴ Apesar do referido julgado se tratar da colisão entre o art. 475, II e art. 520, V, ambos do CPC, antes das alterações feitas pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, mas a sua fundamentação se adapta ao presente caso:

"Toda a atividade jurisdicional deve atender à finalidade precípua da norma que a rege, e em caso de dúvida, buscar nos princípios a sua solução. Aqui, impõe-se a aplicação teleológica do Princípio da Razoabilidade; ser razoável é ser moderado, comedido, ponderado, sensato, sem ser injusto, e nessa linha de raciocínio deve ser alçada a interpretação dos mandamentos legais.

Tenho que, dentre os dispositivos acima referidos, deva prevalecer aquele que melhor atenda aos fins sociais de sua aplicação: ou se considera que toda e qualquer sentença proferida contra a Fazenda Pública (federal, estadual ou municipal), seja ainda em processo de conhecimento, de execução ou cautelar, fique condicionada ao reexame necessário pelo Tribunal, ou se reconhece o direito à execução de título judicial contra a Fazenda, ainda que pendente recurso com efeito apenas devolutivo. A última solução é que deve preponderar.

A regra que impõe o reexame obrigatório é providência imperativa, de aplicação cogente, desde que nenhuma outra norma específica disponha em contrário, como é o caso."

⁴ Publicado em 02/08/1999.

Amparado no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, crê-se que a obrigatoriedade do reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública (art. 475 do CPC) não é óbice à antecipação dos efeitos da tutela pleiteada.⁵

Reforçando a tese da possibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, ZAVASCKI (2005, p. 178) assegura que relativamente ao regime geral que orienta o instituto da antecipação de efeitos da tutela, nenhuma disposição específica foi editada para diferenciar as entidades públicas para excluí-las de sua aplicação. Nem mesmo o reexame obrigatório, pelo tribunal, das sentenças condenatórias contra elas proferidas constitui empecilho à antecipação quando esta for cabível. (...) Aliás, é exatamente isso que ocorre na ação de mandado de segurança, na qual, além da ampla viabilidade de concessão de medidas liminares – cuja natureza é evidentemente antecipatória – o reexame necessário não impede a execução provisória da sentença de procedência (parágrafo único do art. 12 da Lei n. 1.533, de 31-12-1951). Segue o autor citado afirmando que igualmente não constitui empecilho à concessão da medida antecipatória a disposição do art. 100 da Constituição, que condiciona ao trânsito em julgado o pagamento dos créditos contra a Fazenda Pública, decorrentes de “sentença judiciária”, sejam os sujeitos a regime de precatório (§ 1º), sejam os demais, de pequeno valor, dispensados desse regime (§ 3º). É que o modo de execução ali estabelecido diz respeito exclusivamente às obrigações de pagar quantia certa objeto de condenação (portanto, já vencidas). Relativamente a todas as demais obrigações e deveres (fazer, não fazer, entregar coisa), a Fazenda Pública sujeita-se ao regime executivo comum aplicável às pessoas e instituições de direito privado, inclusive no que se refere à execução provisória.

No caso do processo previdenciário, o segurado pleiteia, normalmente, em sede de antecipação da tutela, a implantação do benefício e conseqüentemente o pagamento das prestações periódicas mensais (parcelas vincendas) e não o pagamento antecipado das parcelas vencidas, que serão objeto de futura execução, se procedente à ação, não ferindo o que dispõe o art. 100 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal pôs fim a discussão, conferindo a possibilidade de antecipação da tutela no processo previdenciário, editando a Súmula n.º 729: “a

⁵ STJ – REsp 742814 / RJ, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 31.08.2006 p. 223.

decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária".⁶

6.4 Pressupostos

O art. 273 do CPC dispõe expressamente: "*o juiz poderá, a requerimento da parte*". Extrai-se então da norma, a necessidade de requerimento expresso para a concessão de antecipação da tutela. Afirma FRIEDE (1996, p. 72) que, diferente da *tutela cautelar*, que alude uma jurisdição impropriamente considerada (e, portanto, desprovida de lide meritória e demanda efetiva) – e que, por esta razão, pode ser deferida *ex officio* (por intermédio do legítimo exercício, pelo juiz, do denominado poder cautelar genérico) sem ferir o preceito normativo previsto no art. 2º do CPC – *a antecipação da tutela*, por conter efetiva lide cognitiva (e não simples lide "de dano"), em nenhuma hipótese, coaduna com qualquer tipo de exceção ao princípio da demanda, devendo sempre ser *requerida* expressamente pela *parte autora*, pelo *representante do Parquet* e pelo *terceiro interveniente*.

No mesmo sentido SANTOS (1995, p. 20) coerente com o princípio esculpido no art. 2º do CPC, segundo o qual *ne procedat iudex ex officio*, o juiz não poderá antecipar a tutela sem o prévio requerimento da parte. A jurisdição é inerte e o órgão julgador somente passa a praticar atos processuais, depois de provocado, depois que a pretensão é levada ao seu conhecimento. A esse respeito TALAMINI (2001, p. 357) para que fosse admissível a antecipação de tutela sem requerimento do interessado, precisaria haver regra explícita neste sentido.

Outro ponto importante é a impossibilidade de aplicação por analogia do art. 4º da Lei n.º 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais) no procedimento ordinário ou sumário, pois somente o micro-sistema (Juizados Especiais Federais), quando houver lacuna, pode se valer do macro-sistema (Código de Processo Civil) e não o inverso.⁷

Conclui-se então ser inadmissível a concessão de antecipação da tutela *ex officio*, ou seja, sem o requerimento da parte, quando se tratar de ações que tramitam pelo procedimento ordinário ou sumário. Já as antecipações da tutela

⁶ Ação que versa sobre a constitucionalidade da Lei n.º 9.494/97.

⁷ TRF4, AG 2002.04.01.038843-3, Quinta Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 04/12/2002.

podem ser concedidas de ofício, nas ações que tramitam pelos Juizados Especiais Federais, conforme dispõe o art. 4º da Lei n.º 10.259/2001.⁸

Outro ponto a ser analisado, é sobre a profundidade de cognição da antecipação da tutela, se esta é sumária ou plena. WATANABE (1999, p. 121) acredita que o vocábulo “sumária” ficou reservado, unicamente, à *cognição superficial* que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de um dado processo. Portanto, traduz a idéia de limitação no plano vertical, no sentido da profundidade. A expressão “cognição sumária”, assim entendida, tem alcance diverso daquele que lhe dá Chiovenda, que contrapõe a “cognição sumária” à “cognição plena e completa, ou cognição *ordinária*”, tendo, portanto, a acepção de “cognição incompleta, já porque não *definitiva*, já porque *parcial*, já porque *superficial*. Completa PISANI (1999, p. 670) “*il provvedimento, caratterizzato da una cognizione sommaria perché superficiale, è provvisorio e strumentale rispetto al provvedimento a cognizione piena*”.

6.4.1 Verossimilhança das alegações

Para TOMMASEO (1983, p. 164-165) “*la verosimiglianza può dipendere dalla valutazione delle risultanze probatorie acquisite in causa e, più precisamente, di un giudizio sommario compiuto utilizzando i mezzi di prova offerti dalle parti*”.

A verossimilhança e sua comprovação, para a convicção judicial, para VAZ (2003, p. 106), urge que a parte ofereça, com a inicial, fortes elementos de prova da situação de fato enseja a concessão da tutela antecipada. Não se satisfaz o juízo de verossimilhança com meros indícios ou provas rarefeitas. No mesmo sentido, MONTENEGRO FILHO (2005, p. 55) aduz que a prova inequívoca da verossimilhança da alegação põe-se no meio-termo entre o mero *fumus boni iuris* (requisito para a concessão de liminar em ação cautelar) e a certeza, obtida pelo magistrado após o término da fase de instrução probatória, autorizando-o a prolatar sentença judicial devidamente fundamentada. No caso da antecipação de tutela, há uma razoável probabilidade, num grau acentuado, de que os fatos afirmados pelo autor tenham se passado da forma relatada, de que sejam verossímeis, amparados em prova idônea.

⁸ Ver item adiante: 6.6 A antecipação de tutela nos Juizados Especiais Federais.

Em sentido mais ameno, MARINONI (2006, p. 222-223) afirma que a tutela antecipatória do art. 273, I do Código de Processo Civil, (...) requer uma convicção de verossimilhança preponderante. Isto é, o juiz não pode deixar de conceder a tutela antecipatória com base no argumento de que o autor não se eximiu do ônus da prova, pois essa regra obviamente aí não vale. Tal espécie de tutela antecipatória apresenta-se como necessária quando a posição do autor está gravemente fragilizada, já que o seu direito está sendo ameaçado por dano iminente. Para tornar possível a sua proteção, outorgou-se expressamente ao juiz a possibilidade de decidir com base em verossimilhança, o que significa que ele está proibido de pensar em uma *convicção* de verdade, própria à regra do ônus da prova. Para a concessão da tutela antecipatória, basta-lhe a convicção de verossimilhança preponderante, isto é, *que o material trazido ao processo indique que o direito do autor é mais verossímil do que a do réu.*

Ocorre que no processo previdenciário, se fosse levado em conta o fato, de que o autor é parte hipossuficiente na demanda e que o benefício previdenciário tem caráter alimentar, todas as ações previdenciárias seriam passíveis de concessão de antecipação da tutela, o que, *data venia*, não parece correto. O hipossuficiente é a pessoa que é economicamente muito humilde; que não é auto-suficiente,⁹ fato este que não o impede de produzir em seu favor, a verossimilhança das suas alegações, demonstrando estarem preenchidos os requisitos da Lei de Benefícios,¹⁰ com o fim de pleitear a implantação provisória do benefício através do instituto da antecipação da tutela.

6.4.2 Prova inequívoca

Para FUX (1996, p. 348) a prova, via de regra, demonstra o “provável”, a “verossimilhança”, nunca a verdade plena que compõe o mundo da realidade fenomênica. Os fatos em si não mudam, porque a prova realiza-se num sentido diverso daquele que a realidade indica. Ora, se assim o é e se o legislador não se utiliza inutilmente de expressões, a exegese imposta é a de que “prova inequívoca” para a concessão da tutela antecipada é alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do *mandamus*. É a prova extreme de dúvidas, aquela cuja

⁹ <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso: 20 nov 2008.

¹⁰ Lei n.º 8.213/91.

produção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada. Essa prova há de ser pré-constituída se o autor desejar obter a antecipação *initio litis*, ou constituída no curso do processo através de justificação ou antecipação da fase probatória.

No mesmo sentido ZAVASCKI (2005, p. 78) afirma que o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta – que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução –, mas prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.

Um sentido mais brando apontam MARINONI e ARENHART (2007, p. 297) ao afirmarem que toda prova, esteja finalizado ou não o procedimento, apenas pode permitir a formação de um “juízo de verossimilhança” quando se compreende que a verdade é algo absolutamente inatingível. Entretanto, se tudo é bem entendido, o dito “verossimilhança” – juízo não formado com base na plenitude de provas e argumentos das partes – apenas pode ser denominado de “juízo-provisório”. Acompanha este pensamento BEDAQUE (1997, p. 236), ao afirmar que prova inequívoca não é aquela suficiente para acolhimento do pedido, o que autoriza o julgamento antecipado.

Então quando da propositura da ação previdenciária, o autor, como dito alhures, tem o ônus de comprovar a sua “qualidade de segurado” através de prova inequívoca e também os requisitos específicos do benefício pleiteado. CARNELUTTI (2001, p. 255) faz distinção entre o ônus e a obrigação se fundamenta nela em *a diversa sanção cominada a quem não realiza um ato: existe somente obrigação quando a inércia dá lugar à sanção jurídica (execução ou pena); entretanto, se a abstenção do ato faz perder somente os efeitos úteis do próprio ato, temos a figura do ônus.*

Se o ônus da prova é do autor, baseado no art. 333, inciso I do CPC, não pode o magistrado, baseado na hipossuficiência, transferir a autarquia o dever de comprovar à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ou seja, que o autor não é filiado à Previdência Social, ou que não preencheu os requisitos necessários à obtenção do benefício.

Em se tratando de carga probatória, ROSENBERG (1956, p. 11) diz que “el juez sólo puede aplicar un precepto jurídico, esto es, declarar que se haya producido su efecto, cuando ha logrado convencerse de la *existencia* de las circunstancias que

constituyen los presupuestos del precepto. De ello resulta que la norma jurídica deja de aplicarse, no sólo cuando el juez está convencido de la *no-existencia* de estos presupuestos sino también cuando le han quedado *dudas* acerca de su existencia. (...) De este modo obtenemos el *principio de la carga de la prueba*: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o – dicho más brevemente – *soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable*".

No mesmo sentido, ARAZI (1998, p. 104) afirma que "en nuestra opinión el juez tiene que agotar todos los medios para estar en claro acerca de los hechos alegados por las partes, utilizando las facultades que le otorga la ley procesal a tal fin. Pero si la duda persiste, entonces recurrirá a las reglas sobre carga de la prueba".

THEODORO JÚNIOR (1997, p. 194-195) aduz que mais do que a simples aparência de direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em "prova inequívoca". Segue afirmando que é inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo.

No processo previdenciário, a prova inequívoca se resume em comprovação da filiação do autor à Previdência Social, comprovação do cumprimento da carência à obtenção do benefício (exceto aqueles benefícios descritos no art. 26 da Lei n.º 8.213/91) e comprovação do direito específico à obtenção do benefício pleiteado, requisitos estes que serão posteriormente analisados, um a um.

6.4.3 O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

THEODORO JÚNIOR (1997, p. 196) afirma que receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Complementa ZAVASCKI (2005, p. 78) que o risco irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o

que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do *princípio da necessidade*, antes mencionado.

Para FUX (1996, p. 345) o dano irreparável, nesse sentido, manifestar-se-á na impossibilidade de cumprimento da obrigação mais tarde ou na própria inutilidade da concessão da vitória, salvo se antecipadamente. O esvaziamento da utilidade da decisão vitoriosa revela um “dano irreparável” que deve ser analisado em plano muito anterior ao da visualização da possibilidade de se converter em perdas e danos a não-satisfação voluntária pelo devedor.

Ressalta MARINONI (2006, p. 194-195) que há “irreparabilidade” quando os efeitos do dano não são reversíveis. Entram aí os casos de direito não patrimonial (direito à imagem, por exemplo) e de direito patrimonial com função não patrimonial (soma em dinheiro necessária para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito, por exemplo). Segue afirmando que o dano é de “difícil reparação” se as condições do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de “difícil reparação” se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão.

Em se tratando de processo previdenciário, a primeira alusão que se faz a “dano irreparável” é a natureza alimentar do benefício previdenciário, sem o qual o segurado não pode assegurar a sua manutenção e a de sua família. Para VAZ (2003, p. 114) cumpre assentar, todavia que a natureza alimentar da prestação não é suficiente, por si só, para caracterizar o requisito *dano irreparável ou de difícil reparação*. Pode-se muito bem conceber um credor de prestação alimentar que sem ela não sofra qualquer risco. Que seja um abastado, com outras fontes de subsistência. Portanto, quem pretende a tutela antecipada precisa comprovar e efetiva necessidade, pois se não for absolutamente necessária à preservação de um direito fundamental, não se justificará a restrição a outro (segurança jurídica). O meio (tutela de urgência) poderá ser substituído por outro mais ameno e menos interventor (tutela definitiva). E completa VAZ (2003, p. 115) dizendo que a natureza alimentar dos proventos previdenciários não é argumento suficiente para caracterizar o requisito *risco de dano irreparável ou de difícil reparação*, sendo necessário que o segurado comprove a iminência de risco em relação à sua situação particular. Não fosse assim, todas as ações previdenciárias ensejariam a

tutela antecipada. É comum nas lides previdenciárias, que as partes requeiram a antecipação dos efeitos da tutela de mérito baseadas apenas no requisito da “prova inequívoca da verossimilhança”, como se a natureza alimentar dos proventos fizesse militar em seu favor o “receio de dano irreparável”. Assim não ocorre, no entanto. A natureza alimentar do benefício constitui, quando muito, um *indício* de que o requerente necessita da medida antecipatória, indício que, como tal, precisa estar apoiado em algum outro elemento de prova. Caso contrário, generalizar-se-ia, indiscriminadamente, o instituto da tutela antecipada em matéria previdenciária, com sérios prejuízos à Fazenda Pública, tendo em vista a remota possibilidade de reembolso por parte do réu dos valores pagos a título de antecipação de tutela.

6.4.4 Abuso do direito de defesa

BERTOLDI (1997, p. 314) afirma que o abuso de direito de defesa se dá na medida em que o réu, no uso dos instrumentos que lhe são postos pelo ordenamento jurídico, extrapola de seu direito e o faz de modo a prejudicar ilicitamente o autor. São expedientes num primeiro momento estabelecidos pela legislação processual aptos a conferir ao réu a ampla possibilidade de sua defesa, que, no entanto, se usados com o intuito abusivo, transformam-se em mecanismo espúrio e contrário à administração da Justiça, tendentes a afastar do autor a possibilidade de uma solução justa, rápida e eficaz da lide. Em sentido semelhante THEODORO JÚNIOR (1997, p. 196) aduz que o abuso do direito de defesa ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada, ou contra direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar a sua defesa. Esse abuso tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondências entre litigantes.

O abuso do direito de defesa, para ARMELIN (1997, p. 443) trata-se de medida voltada especialmente ao desestímulo ao abuso do direito constitucional de defesa, em detrimento do direito de ação do demandante. Assim, disciplinando, visou o legislador colocar à disposição do demandante meio capaz de neutralizar quaisquer medidas meramente protelatórias adotadas pelo demandado, sem prejuízo de eventual condenação deste por litigância de má-fé, nos termos dos arts. 16, 17 e 18 do CPC.

Simplifica ZAVASCKI (2005, p. 79) que o abuso do direito de defesa hão de ser entendidos os atos protelatórios praticados *no processo* (v. g. os do art. 14, III e IV, do CPC).

Analisando a problemática da aferição do momento em que o réu abusa do direito de defesa, afirma SANTOS (1995, p. 22) que difícil será, diante de casos concretos, a apreensão do momento em que houve o abuso do direito. Ante o princípio da eventualidade, segundo o qual, na contestação, o réu deverá mencionar toda a matéria de defesa sob pena de ocorrer preclusão, para ser capturado o abuso de direito de defesa, será necessário verificar até que ponto o réu resiste ao pedido do autor por mero capricho, com simples caráter de emulação, ou quando apresenta defesa inconsistente, porque a matéria vertida na petição inicial, apresenta-se de tal forma inconcussa, *prima facie*, que não comporta aprofundada discussão.

Um exemplo seria quando um segurado que comprovou documentalmente idade de 53 anos e 35 anos de contribuição, pleiteia aposentadoria por tempo de contribuição em sede administrativa e lhe é negado o benefício. Quando da propositura da ação, instruída com os mesmos documentos, o INSS em contestação afirma, sem fundamentação de fato ou de direito, que o autor não tem direito ao benefício, opondo-se injustificadamente, caracterizando assim, abuso do direito de defesa.

6.4.5 O manifesto propósito protelatório do réu

Ensina BERTOLDI (1997, p. 314) que é necessário que o propósito protelatório esteja invariavelmente ligado à idéia de tempo do processo, de forma a identificar na atitude do réu o propósito de retardar ao máximo a solução do litígio, no que diz respeito ao abuso do direito de defesa, esta característica não é absoluta, já que não se faz necessário que o abuso do direito tenha como efeito a procrastinação do feito.

O manifesto propósito protelatório, para MONTENEGRO FILHO (2005, p. 56-57) o réu assume comportamento processual ou extraprocessual com o evidente propósito de retardar a marcha regular do processo, evitando a solução do conflito de interesses, o que causa prejuízo não apenas ao autor, com também ao Estado, que não consegue se liberar do dever de prestar a função jurisdicional.

Essa problemática está presente no processo previdenciário, pois a autarquia previdenciária requer diligências, que as vezes, aos olhares menos atentos, interpretariam como manifesto propósito protelatório do réu, como por exemplo, requerimento à Receita Federal para constatação de que as notas fiscais com indícios de falsidade, de comercialização de produtos agrícolas juntadas aos autos, foram autorizadas por aquele órgão com o intuito de comprovar a sua veracidade ou se foram “montadas” com o fim ilícito de produzir prova para a comprovação de atividade rural. Cabe ao juiz, analisar a pertinência e conveniência das diligências requeridas, indeferindo as que não cumprirem tais requisitos.

6.4.6 Irreversibilidade do provimento antecipatório

FUX (1996, p. 350-351) afirma que a irreversibilidade significa a impossibilidade de restabelecimento da situação anterior caso a decisão antecipada seja reformada. Essa literal percepção do fenômeno da irreversibilidade do resultado pode aniquilar com o novo instituto, haja vista que essa reversão não pertence ao mundo das normas jurídicas. É verdade que algumas determinações judiciais podem ser desfeitas, restabelecendo as coisas ao estado anterior, como, v. g., a devolução de um bem determinado antecipadamente ou a devolução de um cargo ocupado por força de decisão liminar. Entretanto, há providências cujos resultados são irreversíveis e urgente a necessidade de tutela. Sob esse prisma, o juízo, desincumbindo-se de seu poder-dever, há que se responder de tal maneira que, malgrado irreversível o estado de coisas, a decisão não cause prejuízo irreparável ao demandado. Em essência, é a contrapartida da regra que não permite ao juízo, para conjurar um perigo, criar outro de maior densidade.

Para BEDAQUE (1997, p. 237-238) a irreversibilidade, como óbice à concessão da medida liminar, refere-se, portanto, aos efeitos, não ao próprio provimento, que sequer é objeto de antecipação. E mesmo que fosse, jamais haveria irreversibilidade do ato judicial, sempre revogável, ou seja, reversível. Em sentido análogo, NERY JUNIOR (1997, p. 394) aduz que de toda sorte, essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, pois caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida.

Tratando especificamente do processo previdenciário, a grande maioria dos segurados que propõe ação, são desvalidos de recursos financeiros. Tem-se então a seguinte situação, em caso de segurado pobre e da improcedência da ação, o autor não teria recursos financeiros para indenizar a Previdência Social, das parcelas do benefício que foi implantado mediante antecipação de tutela, o que geraria prejuízo à autarquia. Por outro lado, afirma VAZ (2003, p. 122) que a possível insolvência do autor não é elemento integrante da definição da reversibilidade, que decorre, obviamente, da natureza da medida e não da condição financeira de quem a requer.

Contudo VAZ (2003, p. 153) faz ressalva ao se referir que a regra da irrepetibilidade das prestações alimentares *stricto sensu* (decorrentes da relação de parentesco, ato ilícito ou contratuais) não tem aplicabilidade ao caso das prestações previdenciárias e assistenciais, incumbindo ao autor da ação, se vencido, ressarcir o réu de tudo quanto tenha despendido no cumprimento da medida antecipatória da tutela. De rigor, a aceitação da irrepetibilidade legal – a irrepetibilidade material de fato é bastante comum e não tem relevância para o direito – somente viria constituir mais um obstáculo à tutela de urgência.

Num sentido mais radical, BELLINETTI (1997, p. 256) afirma que a melhor tese é a mais restritiva, que inadmitte a concessão de provimento antecipado que produza conseqüências fáticas irreversíveis.

Tal definição apresenta-se inconsistente pois a possibilidade de gerar prejuízo à Previdência Social não pode ser obstáculo a implantação provisória do benefício. Se assim o fosse, caberia a legislação vedar a implantação provisória de benefícios previdenciários, via antecipação da tutela, o que não ocorre na atual conjuntura. Cabe então ao juiz analisar o caso concreto, verificar se estão presentes os requisitos legais, como a qualidade de segurado e a incapacidade laborativa, por exemplo, para a implantação provisória do benefício de auxílio doença acidentário, pouco importando se o autor teria condições de ressarcir a Previdência Social, em caso de improcedência da ação, já que recebeu indevidamente as parcelas provisoriamente.

6.4.7 A parte incontroversa da lide

Em relação da parte incontroversa da lide, ZAVASCKI (2005, p. 110) conclui que em suma: pode-se afirmar que a antecipação da tutela de que trata o § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil tem como pressuposto pedido (ou parcela dele) (a) não controvertido seriamente pelas partes, (b) verossímil e (c) cujo atendimento não está subordinado a qualquer questão prejudicial.

Tratando especificamente de processo previdenciário, VAZ (2003, p. 121) afirma que, não obstante a natureza indisponível dos direitos que são objeto desta espécie de ação, sempre que haja permissão legal para a transação, assim, como ocorre em todas as ações de valor não superior a 60 salários mínimos, não havendo óbice à antecipação da tutela de pedido incontroverso.

Contudo, não vislumbra-se a possibilidade de antecipação da tutela da parte incontroversa da lide previdenciária, porque o pedido restringe-se a dois aspectos: a) implantação do benefício previdenciário com o pagamento mensal e b) pagamento das parcelas atrasadas desde quando devidas. Tratando-se de direito indisponível, sequer a decretação da revelia, em caso de ausência de resposta do réu, autorizaria a antecipação da parte incontroversa, ante a vedação inserida nos arts. 302, inciso I combinado com o art. 351, ambos do Código de Processo Civil. Isso porque os procedimentos administrativos realizados pela autarquia previdenciária gozam de presunção de veracidade *juris tantum*, que só podem ser elididos por prova material e testemunhal robusta a ser produzida no curso do processo.

Exceção à regra, podemos exemplificar a seguinte situação: o segurado recebe aposentadoria no valor de R\$ 600,00 e propõe ação de revisão e majoração do seu salário de benefício para R\$ 1.000,00. O INSS contesta ação e confessa que o cálculo correto é R\$ 800,00. O Juiz pode antecipar a parte incontroversa da lide, ou seja, R\$ 200,00, desde que haja requerimento expresso do segurado nesse sentido.

6.5 A Antecipação da Tutela do art. 273 e do art. 461 ambos do Código de Processo Civil e as *astreintes*

O comando exarado pelo magistrado, determinando a implantação do benefício previdenciário tem na realidade função dupla. A primeira é implantar o benefício e a segunda é realizar os pagamentos mensais. Explica VAZ (2003, p. 143) que parece superada a discussão acerca da imbricação da regra do art. 273

com a do art. 461 do CPC (redação atual), mormente com o § 3º, que disciplina a antecipação da tutela nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. De qualquer sorte, para casos passados, convém dizer que sempre compreendemos no provimento antecipatório concessivo de um benefício previdenciário ou assistencial, um misto de obrigação de fazer (implantar o benefício) e obrigação de pagar (os proventos). De nada adiantaria implantar o benefício sem pagar os respectivos proventos. Por outro lado, cuidando-se de benesse oficial, com procedimento disciplinado em lei, é realçada a natureza de obrigação de fazer, até porque, sem que haja a regular implantação do benefício, não poderá haver pagamento. Aplicava-se, sustentamos, ambas as disposições (arts. 273 e 461 do CPC). Este como fundamento da obrigação de fazer (implantar o benefício) e aquele como supedâneo da tutela antecipada da obrigação de pagar, restando autorizada a cominação de multas por descumprimento de qualquer das obrigações (*astreintes*). No mesmo sentido TALAMINI (2001, p. 346) afirma que na relação entre a hipótese geral do art. 273 e a especial do art. 461, § 3º, a segunda dessas duas regras deve ser compreendida como *plus* em face da disciplina geral de antecipação consagrada naquela primeira.

Em caso de inadimplência da obrigação de implantação do benefício e/ou do pagamento das prestações mensais, pode o juiz cominar pena de multa pelo descumprimento. Explica SANTOS (1995, p. 40-41) que as obrigações de fazer infungíveis são inexecutíveis em maior ou menor grau, e como no direito brasileiro não existe a figura da *Contempt of Court*, típico instituto da *Common Law* que, em casos de desrespeito à decisão judicial, existem meios enérgicos de repressão, não há, no Brasil, como fazer com que o corpo do devedor sofra violência (a prisão, por exemplo), a fim de obrigar o devedor ao cumprimento. Salvo nos exíguos casos (...) de alimentante que permaneçam irredutíveis quanto ao cumprimento daquilo a que se obrigaram, não há outra forma para constranger o devedor a cumprir o pactuado. Já que o corpo do devedor não pode suportar pela dívida assumida, surge a figura das *astreintes*, que deverá ser aplicada ao devedor moroso, que insiste em permanecer inadimplente. O pagamento de multa pecuniária por dia de atraso no cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer infungível é o que o direito francês denomina *astreintes*.

6.6 A Antecipação da Tutela nos Juizados Especiais Federais

Com o advento da Lei 10.259/2001 que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, vieram diversas inovações jurídicas, dentre elas, a possibilidade do juiz, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação.¹¹

Crê-se que o legislador, na espécie, não quis apenas contemplar a possibilidade de deferimento de medidas cautelares. TOURINHO FILHO E FIGUEIRA JÚNIOR (2002, p. 270-271) afirmam que em outras palavras, o legislador, na verdade, parece ter desejado colaborar com o microssistema, versando a respeito das *medidas cautelares incidentais*; todavia, parece-nos não ter sido muito feliz, porquanto absolutamente desnecessária a incursão feita e, o que é pior, pecou por atecnia e por omissão, tendo-se em conta que deixou de fazer alusão às *cautelares preparatórias* e às *antecipações de tutela (genérica e específica)*, podendo dar margem à dúvida de que o jurisdicionado encontraria alguma limitação neste sentido. (...) Para concluir, não se pode sequer imaginar que os jurisdicionados, inclusive a Fazenda Pública, estivessem desprovidos da garantia constitucional de ação cautelar preparatória, somente porque o legislador do microssistema específico teve a infeliz idéia de regular, ou melhor, fazer apenas referência à cautelar incidental, ou ainda, que a omissão, no que concerne às tutelas antecipadas (genérica e específica), significa a sua inadmissibilidade perante os Juizados Especiais Federais. Sempre que os requisitos das ações cautelares (preparatórias ou incidentais) e das tutelas antecipatórias (genérica ou específica) fizerem-se presentes, haverá a possibilidade jurídica para a formulação do pedido e obtenção da medida, mormente porque inexistente qualquer incompatibilidade entre esses institutos regulados pelo Código de Processo Civil (classificados doutrinariamente como *tutelas de urgência*) com os Juizados Especiais; pelo contrário, harmonizam-se com os princípios da celeridade e instrumentalidade e, por conseguinte, com a efetividade buscada com a justiça especializada.

Ademais, entende-se que o legislador autoriza a possibilidade de concessão de medidas cautelares de ofício, tal benesse se estenderia também, por analogia, a possibilidade de concessão da antecipação da tutela de ofício, no âmbito dos

¹¹ Art. 4º. O Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação.

Juizados Especiais Federais. Primeiro, porque não seria crível a lei contemplar apenas um tipo de tutela de urgência de ofício – as medidas cautelares incidentais – e deixar as demais tutelas de urgência – as medidas cautelares preparatórias e a antecipação da tutela – fora do âmbito dos Juizados Especiais Federais. Segundo, porque a interpretação a ser dada a expressão “medidas cautelares” é a extensiva, abrangendo assim todas as tutelas de urgência. Porém, parece inócuo o deferimento de antecipação da tutela na sentença proferida pelo Juizado Especial Federal, já que os recursos, em regra, não têm efeito suspensivo (art. 43 da Lei n.º 9.099/95), devendo assim, ser a sentença cumprida imediatamente.

7. MOMENTO OU OPORTUNIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Temos acompanhado na prática forense, que a grande maioria das ações previdenciárias propostas, requerem a implantação *inaudita altera parte*, contudo sem a devida comprovação dos requisitos necessários à obtenção do benefício pleiteado. MONTENEGRO FILHO (2005, p. 55) anota que a prova nem sempre é realizada no momento do ingresso da ação, podendo ser aperfeiçoada ou mesmo produzida durante o curso do processo, através da juntada de novos documentos aos autos, da realização de perícia, da ouvida das partes e/ou de testemunhas.

Em todas as ações previdenciárias, dois requisitos sempre estarão presentes: a) comprovação da filiação ao Regime Geral da Previdência Social e b) período de carência.

A comprovação da qualidade de segurado ou da filiação ao Regime Geral da Previdência Social, se dá aos empregados em geral, incluindo o trabalhador rural volante (bóia-fria), com a apresentação da carteira de trabalho. Mera alegação de ausência de contribuições no período laborado, não retira o direito à obtenção do benefício, já que é obrigação do empregador recolher as contribuições aos cofres da Previdência Social, nos termos do art. 30, inciso I, alínea a da Lei n.º 8.212/91.

A comprovação de filiação dos autônomos, empresários, avulsos e facultativos se dá com a apresentação das guias de recolhimento devidamente pagas, sem atraso.¹²

Para a comprovação da filiação aos segurados especiais: os trabalhadores rurais proprietários de área rural de até 04 módulos fiscais, os seringueiros ou extrativistas vegetais e os pescadores artesanais, são necessários, a apresentação dos documentos previstos no art. 106 da Lei n.º 8.213/91.

Se a prova da filiação depender de diligência, perícia ou ouvida de testemunhas, não deve o juiz determinar a implantação imediata do benefício *inaudita altera parte*, ante a ausência de prova inequívoca que possa concluir que o autor é segurado filiado ao Regime Geral da Previdência Social.

¹² Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:
II - os segurados contribuinte individual e facultativo estão obrigados a recolher sua contribuição por iniciativa própria, até o dia quinze do mês seguinte ao da competência.

O segundo aspecto é a verificação do período de carência para a obtenção do benefício. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.¹³ Tratar-se-á deste assunto junto aos tópicos seguintes, quando serão analisados os diversos tipos de benefícios previdenciários.

A comprovação do tempo de serviço, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, nos termos do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da Lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador. É prescindível que o início de prova material abranja necessariamente o número de meses idêntico à carência do benefício no período imediatamente anterior ao requerimento deste ou do período em anterior ao tempo que implementou os requisitos necessários à sua obtenção do benefício, desde que a prova testemunhal amplie a sua eficácia probatória ao tempo da carência.

Vale dizer, desde que a prova oral permita a sua vinculação ao tempo de carência.¹⁴

Para TALAMINI (2001, p. 356) a antecipação de tutela é viável a qualquer tempo e em qualquer fase do processo, desde que presentes seus requisitos. A menção, no art. 461, § 3º, à possibilidade de o juiz “conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia” não significa a limitação da medida de urgência à fase inicial do processo. A regra presta-se a indicar que *inclusive initio litis* a antecipação é cabível – mas *não só initio litis*.

Ademais, o simples fato de o processo estar na fase de recurso não afasta a possibilidade do pedido de antecipação da tutela.¹⁵ Consoante o que dispõe o art. 558 do Código de Processo Civil combinado ao inciso III do art. 527 do Código de

¹³ Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

¹⁴ STJ – AgRg no REsp 938640/SP – Relator: Ministro Hamilton Carvalhido – Fonte: DJe 14/04/2008.

¹⁵ STJ – AgRg no REsp 640530/RJ – Relatora Ministra Denise Arruda – Fonte: DJ 18/10/2007 p. 265.

Processo Civil estabelece que “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art.558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”. No mesmo sentido, invoca-se a lição de ZAVASCKI (2005, p. 82-83) quando aduz que poderá ocorrer que a situação de urgência se configure quando o processo esteja na sua fase recursal. A solução que se oferece é o pedido de antecipação dirigido ao tribunal para ser apreciado pelo órgão competente para o julgamento do recurso, ou pelo relator, conforme dispuser o regimento interno.

7.1 Benefícios de Auxílio Doença, Auxílio Doença Acidentário, Auxílio Acidente e Aposentadoria por Invalidez

A distinção básica entre os dois benefícios, auxílio doença e auxílio doença acidentário, é o tipo de lesão que sofreu o segurado. Se esta é decorrente de acidente relacionado a sua atividade laborativa, então trata-se de auxílio doença acidentário, sendo então necessário o preenchimento da CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho. Nos demais casos o benefício é de auxílio doença. Além da diferença até que sutil entre os dois benefícios, em caso de auxílio doença acidentário, acidente de trabalho e pensão por morte decorrente de acidente de trabalho, a competência para processar e julgar é sempre da Justiça Estadual.¹⁶

Com relação ao benefício de auxílio doença, serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de Vara do Juízo Federal. Contudo o segurado pode optar pela Justiça Federal da área da sua circunscrição de seu domicílio se assim quiser.

A principal diferença entre auxílio doença e auxílio acidente é a de que no primeiro, o segurado encontra-se incapacitado temporariamente para a sua atividade laborativa e no segundo, o segurado, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, tem direito ao benefício, se resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

¹⁶ STF – Súmula nº 501: Compete a justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a união, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Já a diferença entre auxílio doença e aposentadoria por invalidez é que no auxílio doença a incapacidade laborativa do segurado é temporária e na aposentadoria por invalidez a incapacidade laborativa do segurado é definitiva.

Se provada a filiação ao Regime Geral da Previdência Social, cabe a análise do período de carência. O art. 25, inciso I da Lei n.º 8.213/91 dispõe que a carência para usufruir o benefício de auxílio doença e aposentadoria por invalidez é de 12 meses. A exceção para a regra que dispensa a comprovação desta carência será nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada¹⁷ pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado o qual encontra-se no art. 26, inciso II da Lei n.º 8.213/91. O benefício de auxílio acidente dispensa a carência, nos termos do art. 26, inciso I da Lei n.º 8.213/91.

Comprovada a carência ou a sua dispensa, cabe analisar se o segurado está ou não incapacitado para o trabalho. A perícia médica realizada no âmbito administrativo tem presunção de veracidade *juris tantum*, que só pode ser afastada por outra prova robusta. Ocorre que a mera descrição realizada por médico, de que o segurado está incapacitado para o trabalho não é documento hábil e não se reveste de prova inequívoca para ensejar em implantação imediata do benefício, em sede de antecipação da tutela. Explica VAZ (2003, p. 106-107), para o caso de benefício previdenciário por motivo de invalidez, por exemplo, deve restar a incapacidade cabalmente comprovada por diagnóstico médico bem fundamentado pelos exames clínicos e laboratoriais necessários. Não são suficientes atestados médicos sucintos e muitas vezes ilegíveis, fazendo referência apenas do CID (Código Internacional de Doenças) e sem identificar o estágio da patologia e o grau de incapacidade. Assim, a documentação normalmente trazida com a petição inicial

¹⁷ Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

não traz os elementos comprobatórios necessários para o juiz se convencer da verossimilhança das alegações, da prova inequívoca e do *periculum in mora*.

Com raríssimas exceções, o segurado apresenta com a sua petição inicial, pareceres técnicos ou outros elementos suficientes para o juiz decidir, adequadamente, acerca da capacidade ou não laboral do segurado, dispensando então, a prova médica pericial, consoante o disposto no art. 427 do Código de Processo Civil, no princípio do livre convencimento motivado do juiz e no princípio da liberdade objetiva na demonstração dos fatos a serem comprovados (arts. 131 e 332 do Código de Processo Civil), razão pela qual a antecipação da tutela deve ser requerida na petição inicial.

Sendo necessária a produção de prova em audiência de instrução, para a comprovação da filiação do segurado ao Regime Geral da Previdência Social ou para demonstrar que cumpriu a carência necessária para a obtenção do benefício, o momento para se requerer a antecipação da tutela, neste caso, será nas alegações finais, que poderá ser realizada oralmente em audiência ou por memoriais.

7.2 Benefício de Aposentadoria por Idade

Os requisitos para a aposentadoria urbana por idade, são: a idade, quando o segurado completa 65 anos, se homem, ou 60 anos, se mulher (art. 48 da Lei n.º 8.213/91), além da carência de 180 contribuições mensais (art. 25, inciso II da Lei n.º 8.213/91). Serão reduzidos a idade para sessenta e cinco e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres.

Ocorre que a necessidade de comprovação da carência de 180 contribuições mensais não é absoluta e comporta exceção. Se verificado que o primeiro vínculo empregatício do segurado ou a sua primeira contribuição para Previdência Social Urbana se deu antes de 24 de julho de 1991, bem como para o trabalhador e o empregador rural cobertos pela Previdência Social Rural, a carência das aposentadorias por idade, obedecerá à seguinte tabela, levando-se em conta o ano em que o segurado implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício, então não mais de aplicando o inciso II do art. 25 e sim a tabela do art. 142 da referida Lei n.º 8.213/91. Transcreveremos a tabela para exemplificar:

Ano de implementação das condições	Meses de contribuição exigidos
1991	60 meses
1992	60 meses
1993	66 meses
1994	72 meses
1995	78 meses
1996	90 meses
1997	96 meses
1998	102 meses
1999	108 meses
2000	114 meses
2001	120 meses
2002	126 meses
2003	132 meses
2004	138 meses
2005	144 meses
2006	150 meses
2007	156 meses
2008	162 meses
2009	168 meses
2010	174 meses
2011	180 meses

Tomaremos por exemplo, o caso de um segurado urbano que implementou o requisito etário em 2001. Os meses de contribuição exigidos para o ano de 2001 são de 120 contribuições, pouco importando se o segurado perdeu ou não a qualidade de segurado, nos termos do § 1º do art. 3º da Lei n.º 10.666/2003.

Contudo, entendemos que tal benesse não se aplica nos casos dos trabalhadores rurais, pois é necessária a comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91. Assim, no caso do trabalhador rural que completou o requisito etário no ano 2001, basta comprovar apenas que laborou em atividade rural, mesmo que de forma descontínua, nos 120 meses ou 10

anos anteriores ao ano de 2001, ou seja, de 1991 a 2001. Entende-se que, pouco importando, se trabalhou em qualquer outra atividade, pois basta para a Lei, a comprovação apenas da carência e da idade, para a obtenção do benefício.

Mas o problema é definir o que é trabalho rural descontínuo ou de forma descontínua. Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência não definiu o que seja trabalho rural descontínuo. Entende-se que o trabalho rural descontínuo é aquele em que o prazo do intervalo não é superior a 2 anos, aplicando-se assim, por analogia, o que dispõe o art. 15, inciso II e § 2º da Lei n.º 8.213/91.

O momento oportuno para requerer a antecipação da tutela no benefício de aposentadoria por idade ao trabalhador urbano é com a petição inicial, se comprovado documentalmente a filiação e a carência necessária, pois seria desnecessária a produção de prova em audiência, sendo o caso até de julgamento antecipado da lide, após a apresentação da resposta do réu.

A comprovação do trabalho rural do segurado, dificilmente se faz apenas por prova documental, sendo necessária a ouvida, em sede administrativa, do segurado e de seus vizinhos. Havendo divergências nos depoimentos ou constatado alguma situação que retire a condição de rurícola do segurado, ensejando em indeferimento do benefício, quando da propositura da ação, o segurado não tem elementos para requerer a antecipação da tutela na petição inicial.

Sendo necessária a produção de prova em audiência de instrução, para a comprovação da filiação do segurado ao Regime Geral da Previdência Social ou para demonstrar que cumpriu a carência exigida para a obtenção do benefício. O momento para se requerer a antecipação da tutela, neste caso, será nas alegações finais, que poderá ser realizada oralmente em audiência ou por memoriais.

7.3 Benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição

Para o deferimento de aposentadoria por tempo de contribuição, o segurado, se homem, deve comprovar 35 anos de contribuição e se mulher 30 anos de contribuição e ter a idade mínima de 53 anos se homem e 48 anos se mulher, nos termos do art. 9º, incisos I e II, alínea a da Emenda Constitucional n.º 20/98.

Aos trabalhadores urbanos, se faz normalmente a prova da filiação, do requisito etário e das contribuições através de prova documental, sendo então na petição inicial o momento oportuno para o requerimento da antecipação da tutela.

Entretanto, pode o trabalhador urbano, averbar o tempo de serviço trabalhado na área rural, anterior à data de início de vigência da Lei n.º 8.213/91, que será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, contudo, não podendo ser utilizado para efeito de carência, conforme o § 2º do art. 55 da Lei n.º 8.213/91, ou seja, o período rural não pode ser aproveitado para o trabalhador urbano, para a concessão da aposentadoria por idade, somente para a aposentadoria por tempo de contribuição. Já, para o cômputo do período rural posterior a vigência da Lei n.º 8.213/91 é necessário realizar as respectivas contribuições.

O professor, após 30 (trinta) anos, e a professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério poderão aposentar-se por tempo de serviço. Contudo, o art. 40, § 5º da Constituição Federal de 1988 restringe o benefício de redução de tempo de contribuição apenas para os professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, para aqueles que se encontram filiados ao Regime Estatutário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, bem como para os professores que estão filiados ao Regime Geral da Previdência Social, por força do art. 201, § 8º da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que o art. 67, § 2º¹⁸ da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96) ampliou o conceito, considerando as funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico, pondo um fim a discussões judiciais acerca da matéria.

Em todos os casos, a perda da qualidade de segurado não será observada, nos termos do art. 3º da Lei n.º 10.666/2003.

¹⁸ § 2º. Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

O momento oportuno para o requerimento da antecipação da tutela para o professor que comprovou documentalmente a sua atividade é na petição inicial, pois já poderão encontrar-se provados, a filiação e a carência.

Para os trabalhadores urbanos que querem computar o período laborado em atividade rural, e os professores que começaram a carreira de docente sem o registro em CTPS,¹⁹ ambos têm direito de reconhecimento deste período, desde que a prova esteja fundada em documentos contemporâneos ao período que exerceu a atividade, necessitando ainda de prova testemunhal robusta para complementação da prova material. Sendo necessária a produção de prova em audiência de instrução, o momento para se requerer a antecipação da tutela, será nas alegações finais, que poderá ser realizada oralmente em audiência ou por memoriais.

7.4 Benefício de Aposentadoria Especial

Tem direito a aposentadoria especial, o segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a Lei de Benefícios.

Os anexos do Decreto n.º 3.048/99 descrevem os agentes nocivos e o respectivo tempo de trabalho que o segurado deverá exercer para obter o direito a tal aposentadoria. Ocorre que a jurisprudência admite ter vigorado concomitantemente, os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79,²⁰ estabelecendo então, um sistema diferenciado para a comprovação das atividades insalubres e/ou perigosas. Até 28-04-1995 é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído, em que sempre foi necessária a aferição do nível de decibéis por meio de perícia técnica, carreada aos autos ou noticiada em formulário emitido pela empresa, a fim de se verificar a nocividade ou não desse agente);²¹ a partir de 29-04-1995 não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por

¹⁹ TRF4, AC 2001.04.01.027079-0, Sexta Turma, Relator Sérgio Renato Tejada Garcia, DJ 18/11/2003.

²⁰ TRF4, AC 2000.04.01.099423-3, Sexta Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ 25/07/2001.

²¹ TRF4, EIAc 1999.04.01.080516-0, Terceira Seção, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, DJ 06/07/2005.

qualquer meio de prova até 05-03-1997 e, a partir de então, por meio de formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica.²²

Para ter direito a redução do tempo de contribuição, deve o segurado ter laborado integralmente em atividade insalubre e/ou perigosa. Se eventualmente o segurado deixar de trabalhar em atividade de risco, pode requerer a conversão do período laborado em atividade especial para comum, pois a Lei nº 9.711/98 e o Regulamento Geral da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, resguardam o direito adquirido de os segurados terem convertido o tempo de serviço especial em comum, até 28-05-1998, observada, para fins de enquadramento, a legislação vigente à época da prestação do serviço.²³

Nesse sentido, inclusive, foi editada a Súmula n.º 16 pela Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, que assim dispõe: “*A conversão em tempo de serviço comum, do período trabalhado em condições especiais, somente é possível relativamente à atividade exercida até 28 de maio de 1998 (art. 28 da Lei n.º 9.711/98)*”. Em todos os casos, a perda da qualidade de segurado não será levada em questão, nos termos do art. 3º da Lei n.º 10.666/2003.

O momento oportuno para o requerimento da antecipação da tutela nas ações que versam sobre aposentadoria especial é na petição inicial, desde que o segurado apresente os formulários (DSS-8030, SB-40 ou PPP) e os laudos técnicos contemporâneos ao período laborado. Ausentes os formulários ou os laudos técnicos, somente a perícia técnica judicial pode suprir a sua ausência, sendo oportuno então requerer a antecipação da tutela quando da manifestação sobre o laudo pericial ou em sede de alegações finais.

7.5 Benefício de Pensão por Morte

O benefício de pensão por morte será devida aos dependentes, nos termos do art. 16 da Lei de Benefícios, desde que comprovado a filiação do falecido ao Regime Geral da Previdência Social na data do óbito. Não há carência a ser

²² TRF4, EINF 2004.71.04.003543-6, Terceira Seção, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 17/10/2008.

²³ TRF4, APELREEX 2006.71.19.001928-7, Turma Suplementar, Relator Fernando Quadros da Silva, D.E. 27/10/2008.

cumprida,²⁴ ou seja, se o falecido filiar-se à Previdência Social e falecer no dia seguinte, tem seus dependentes, direito a usufruir do benefício.

O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 da Lei n.º 8.213/91. Quando tratar-se de concorrência entre ex-esposa e companheira ao recebimento de pensão por morte, é firme a jurisprudência no sentido da divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira.²⁵ Em caso de propositura de ação pela ex-esposa, por exemplo, com o objetivo de obter pensão por morte, é necessária a formação de litisconsórcio passivo necessário entre o INSS e a companheira do falecido (se esta recebe benefício), que deve ser citada para compor o pólo passivo da ação,²⁶ nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil. Se a companheira do falecido não recebe benefício, pode apresentar oposição, nos termos do art. 56 do Código de Processo Civil.

O filho maior de 21 anos que faz curso universitário não tem direito à prorrogação do benefício de pensão por morte,²⁷ pois a situação do estudante de curso de nível superior não representa critério válido para o afastamento do limite legal de 21 anos para a percepção do benefício de pensão por morte, sob pena de quebra do princípio da isonomia. O magistrado não pode criar novas hipóteses para percepção de benefícios previdenciários, função estrita do Poder Legislativo.²⁸

O menor sob guarda, também não tem direito ao benefício de pensão por morte, pois não está elencado no rol de dependentes. Isso porque a partir da vigência da Medida Provisória nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei 9.528/97, que alterou o disposto no art. 16, §2º da Lei 8.213/91, acabou por afastar do rol dos dependentes da Previdência Social a figura do menor sob guarda judicial.²⁹ Se o óbito ocorreu antes da vigência da Medida Provisória nº 1.523/96,

²⁴ Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

I - pensão por morte, auxílio reclusão, salário-família e auxílio acidente.

²⁵ TRF1 – AC 2000.33.00.031350-1 – 1ª T. – Relator Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves – Fonte DJ DATA:19/09/2005, pág.: 4.

²⁶ TRF3 - AC 866577 - 9ª T. - Relatora Juíza Marisa Santos - DJU data 28/09/2007, pág. 625.

²⁷ TNU – Súmula n.º 37: A pensão por morte, devida ao filho até os 21 anos de idade, não se prorroga pela pendência do curso universitário.

TRF 4 – Súmula n.º 74: Extingue-se o direito à pensão previdenciária por morte do dependente que atinge 21 anos, ainda que estudante de curso superior.

²⁸ TRF4, AC 2004.71.00.047649-1, Turma Suplementar, Relatora Maria Isabel Pezzi Klein, D.E. 06/06/2008.

²⁹ STJ – 5ª T. – RESP 303345 – Relatora: Laurita Vaz – Fonte DJ data:15/09/2003, pág.:344.

tem o menor sob guarda, direito a percepção do benefício, com base no princípio *tempus regit actum*.

O falecido que recebia benefício previdenciário está filiado, não precisando assim, realizar a sua comprovação. A comprovação da filiação do falecido empregado, se faz com a apresentação da carteira de trabalho. A Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, em sua Súmula n.º 31,³⁰ que admite a sentença trabalhista como início de prova material para a comprovação do trabalho do falecido em data anterior ao óbito. Se o falecido era rurícola e não recebia benefício previdenciário, a prova se faz com a documentação referida no art. 106 da Lei n.º 8.213/91. Se o falecido era empresário, autônomo, facultativo ou avulso, a comprovação da filiação se dá pela comprovação de recolhimentos ao RGPS. O falecido que perdeu o emprego ou deixou de contribuir para o RGPS só perde a qualidade de segurado após o transcurso de 24 meses. Se o falecido tinha 120 meses ou mais, de registro em CTPS ou de contribuição, será acrescido mais 12 meses, totalizando 36 meses de cobertura.³¹ Também não perde a qualidade de segurado, se, quando na data do falecimento, o segurado preenchia os requisitos necessários para obter a aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição ou especial.³²

Havendo prova do óbito e da filiação do falecido e se a dependência econômica do autor da ação for presumida e como nos casos de pensão por morte não há carência a ser cumprida, o momento de requerer a antecipação da tutela é na petição inicial. O falecido rurícola que não recebia benefício previdenciário, o

³⁰ Súmula n.º 31: A anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários.

³¹ Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

§ 1º. O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º. Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

³² Art. 102. A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

§ 1º A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

§ 2º Não será concedida pensão por morte aos dependentes do segurado que falecer após a perda desta qualidade, nos termos do art. 15 desta Lei, salvo se preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria na forma do parágrafo anterior.

dependente que precisa comprovar dependência econômica e o empregado sem registro em CTPS, necessário se faz a corroboração da prova material com a prova testemunhal, sendo o momento oportuno de requerer a antecipação da tutela é em sede de alegações finais orais ou por memoriais.

7.6 Benefício de Salário Maternidade

O salário maternidade é devido à segurada da previdência social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. À mulher que adotar criança, também é devido o salário maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1 (um) ano de idade; de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) a 4 (quatro) anos de idade; é de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade, nos termos dos arts. 71 e 71-A da Lei de Benefícios.

O salário maternidade da segurada empregada será devido pela Previdência Social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa, nos termos do art. 97 do Decreto n.º 3.048/99. A segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela Previdência Social, nos termos do parágrafo único do art. 97 do Decreto n.º 3.048/99.

A segurada empresária, autônoma, facultativa, avulsa e a segurada rurícola receberão o benefício diretamente da Previdência Social, contudo, a última deverá comprovar carência de 10 meses de atividade rural, anteriores ao nascimento da criança e a segurada facultativa deverá comprovar 10 contribuições.³³

A segurada mantém esta qualidade durante 24 meses e se tiver contribuições superiores a 120 meses acrescentam-se mais 12 meses, chegando a 36 meses, nos termos do art. 15, inciso II, §1º e §2º da Lei n.º 8.213/91, com exceção da segurada

³³ Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

III - salário maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 11 e o art. 13: dez contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei.

facultativa da qual mantém a qualidade de segurada por apenas 6 meses, nos termos do art. 15, inciso VI da Lei n.º 8.213/91.

Em todos os casos, com exceção da rurícola, a prova da filiação se faz com a carteira de trabalho ou com comprovantes de contribuições. Se a segurada não houver perdido esta qualidade, pode requerer a antecipação da tutela na petição inicial, pois na maioria das vezes a prova é exclusivamente documental. No caso da segurada rurícola sem registro em CTPS, há a necessidade da ouvida de testemunhas para esclarecer ou reforçar a prova material trazida aos autos cria um obstáculo para o requerimento da antecipação da tutela na petição inicial, já que é necessário o término da instrução probatória para melhor análise da verossimilhança das alegações,³⁴ sendo então o momento oportuno para o requerimento da antecipação da tutela, em sede de alegações finais orais ou por memoriais.

7.7 Benefício de Auxílio Reclusão

O auxílio reclusão será devido pela Previdência Social, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço, nos termos do art. 80 da Lei n.º 8.213/91. Ocorre que somente os dependentes de baixa renda é que têm direito ao benefício, estando excluídos os que têm condições financeiras de subsistência. A renda a ser verificada nestes casos não é a do segurado recluso e sim dos seus dependentes.³⁵

O art. 26, inciso I da Lei n.º 8.213/91 dispensa a comprovação de carência para que se possa usufruir do benefício. A qualidade de segurado, como dito alhures, é de 24 meses, acrescentando mais 12 meses em caso do segurado ter contribuído por mais de 120 meses. Os dependentes do recluso que estiver cumprindo pena em regime semi-aberto também têm direito ao benefício.³⁶ O exercício de atividade remunerada pelo segurado recluso em cumprimento de pena em regime fechado ou semi-aberto que contribuir na condição de segurado, não acarreta perda do direito ao recebimento do auxílio reclusão pelos seus dependentes, nos termos do art. 116, § 6º do Decreto n.º 3.048/99.

³⁴ TRF3 - AI 338123 - 8ª T. - Relatora Juíza Marianina Galante - Fonte DJF3 data:11/11/2008.

³⁵ TRF4, AC 2006.71.99.002845-3, Quinta Turma, Relator Luiz Antonio Bonat, D.E. 12/08/2008.

³⁶ TRF4, AC 2007.71.99.005248-4, Quinta Turma, Relator Rômulo Pizzolatti, D.E. 16/06/2008.

Para a obtenção do benefício é necessário então, a demonstração da filiação do segurado, pela apresentação da carteira de trabalho ou por comprovantes de contribuições, certidão do efetivo recolhimento à prisão e a comprovação de que os dependentes são de baixa renda, que pode ser comprovada com a ausência de registro em CTPS dos dependentes. Tendo os dependentes, comprovado todos os requisitos por meio de prova documental, o requerimento da antecipação da tutela deverá ser realizada na petição inicial. Ausente a comprovação da dependência econômica dos dependentes em relação ao segurado recluso, em virtude da falta de rendimentos que lhe possam proporcionar a subsistência, por meio de prova documental, ou se esta prova não é suficiente clara, devem então ser ouvidas testemunhas para reforçar a prova documental já produzida. O melhor momento para o requerimento da antecipação da tutela, nestes casos, será nas alegações finais orais ou por memoriais.

7.8 Benefício de Prestação Continuada

Apesar do benefício de prestação continuada não ser um benefício previdenciário, pois se reveste de caráter assistencial e seus princípios são diferentes dos benefícios previdenciários, uma vez que, por exemplo, não há necessidade de contribuição direta do segurado para a sua fruição, é necessária a sua abordagem, pois à autarquia previdenciária lhe é conferida a competência de concessão e revisão da sua continuidade.

A assistência social será prestada a quem dela necessitar nos termos do art. 203 da Constituição Federal de 1988, ou seja, àquelas pessoas que não possuem condições de manutenção própria.

Neste caso, a pessoa dotada de recursos para a sua manutenção, não será destinatário das ações estatais na área assistencial, não sendo possível o fornecimento de benefício assistencial pecuniário.

A assistência social é regida pela Lei n° 8.742/93, a qual traz definição legal deste segmento da seguridade social: “a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não-contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

Os seus objetivos são a proteção à família, a maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária e a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme o art. 2º da Lei nº 8.742/93.

O segmento assistencial da seguridade tem como objetivo preencher as lacunas deixadas pela previdência social, já que esta, não é extensível a todo e qualquer indivíduo, mas somente aos que contribuem para o sistema, além de seus dependentes.

Muitas pessoas não exercem atividades remuneradas, pois são desprovidas de qualquer condição de custear a proteção previdenciária. Cabe ao Estado, portanto, manter o segmento assistencial. Não compete à previdência social a manutenção de pessoas carentes; por isso, a assistência social é definida como atividade complementar ao seguro social.

O benefício mensal de um salário-mínimo somente será pago ao necessitado, que, para efeitos legais, é o idoso ou o deficiente, incapazes de prover a sua manutenção, e cuja renda mensal familiar *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo (art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93). Com a vigência do Estatuto do Idoso, o art. 34 reduziu para 65 anos, a idade mínima para o requerimento do Benefício de Prestação Continuada.

O conceito de deficiente não é bem definido pela legislação. A Súmula n.º 29 da Turma de Uniformização das Decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais assim dispõe: “para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento”.

Segundo ARAÚJO (1994, p. 12), o que define a pessoa portadora de deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se

integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência.

Assim, o simples fato da pessoa ser portadora de deficiência não a excluirá do mercado de trabalho, já que não poderá ser objeto de discriminação em relação à salários e critérios de admissão, consoante dispõe os arts. 7º, inciso XXXI, 37, inciso VIII, e 227, § 1º, II, todos da Constituição Federal de 1988, bem como tem direito a 5% (cinco por cento) das vagas ofertadas em concurso público nos termos do art. 37, § 1º do Decreto n.º 3.298/99.

O benefício de prestação continuada não gera direito a abono anual, pensão por morte e não pode ser acumulado com outro benefício previdenciário, salvo o benefício de assistência médica, conforme o art. 20, § 4º da Lei n.º 8.742/93.

Muito já se discutiu sobre a constitucionalidade do critério da renda mensal familiar *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo para a obtenção do benefício. O Plenário da Corte do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 1.232/DF, em 27.08.98 concluiu pela constitucionalidade do § 3º do art. 20, da Lei n.º 8.742/93. Baseado neste entendimento, a verificação da renda *per capita* se faz de modo objetivo, ou seja, somam-se a renda do núcleo familiar e se divide pelo número pessoas que participam deste núcleo. Se a renda for igual a 1/4 do salário mínimo, a pessoa não tem direito ao benefício. Um exemplo pode ser dado, para facilitar a compreensão, se o núcleo familiar é composto pelo pai, mãe e dois filhos e auferir renda de um salário mínimo, nenhum de seus membros tem direito ao benefício.

Posteriormente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 2.303-AgR, tendo como Relatora a Ministra Ellen Gracie, com publicação do Diário Oficial de 1º.04.2005, manifestou-se no sentido de que ofende a autoridade da decisão na ADIN 1.232, o julgado que não aplique estritamente o critério estabelecido pelo citado art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

A Turma de Uniformização das Decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais editou a Súmula n.º 11, que assim dispunha: “A renda mensal, *per capita*, familiar, superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, não impede a concessão de benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei n.º 8.742/93, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”. Esta

súmula foi cancelada em 12 de maio de 2006, por meio de publicação no Diário Oficial, em virtude do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Em sentido mais ameno ao critério estabelecido, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um *quantum* considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família. O fato de o Supremo Tribunal Federal ter perfilhado, em caso análogo, posicionamento diverso do Superior Tribunal de Justiça não impede que esta Corte adote orientação interpretativa que entender mais correta à norma infraconstitucional, embora contrária ao Pretório Excelso, uma vez que as decisões proferidas em sede de recurso extraordinário não têm efeito vinculante.³⁷

Crê-se que a posição adotada pelo Superior Tribunal da Justiça está de conformidade com o entendimento de COELHO (2003, p. 330), que reconhece que a lei vem sendo usada como instrumento de dominação, que o Judiciário não é neutro, mas comprometido com o poder, que a lei não exaure todo do direito, e, mais ainda, que existem leis injustas, cuja aplicabilidade pode ser recusada em nome de um compromisso superior, com a própria consciência e com a sociedade.

Desta forma, tem o julgador, liberdade para analisar a prova, não se prendendo exclusivamente ao critério da renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo, para verificar o estado de miserabilidade do núcleo familiar do hipossuficiente.

A petição inicial é o momento oportuno para o requerimento da antecipação da tutela.

³⁷ STJ – 6ª T. – EDcl no AgRg no REsp 938609 / SP – Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Fonte: DJe 01/12/2008.

8 A DEFESA DOS SEGURADOS ATRAVÉS DA TUTELA COLETIVA

Diante das transformações ocorridas na sociedade e a sua modernização, não poderia ficar o Direito, alheio a tais situações. As decisões administrativas tomadas pelo Poder Executivo, as Leis promulgadas pelo Poder Legislativo, repercutem diretamente nos direitos e obrigações dos cidadãos, de grupos ou de toda população. Procurando dar maior dinamismo na proteção dos direitos coletivos, aperfeiçoaram-se as ações que visam abranger um número maior de pessoas na busca da prestação jurisdicional. Trata-se neste tópico, do mandado de segurança coletivo, ação civil pública e da ação popular contra a autarquia previdenciária e da possibilidade da antecipação da tutela.

8.1 Do mandado de segurança coletivo

Segundo GOMES JÚNIOR (2008, p. 50-51) Mandado de Segurança Coletivo é um instrumento processual criado através da atual Constituição Federal, já que aquele previsto na Lei n.º 1.533/51 somente permitia a tutela de interesses individuais. (...) A diferença *básica* entre o Mandado de Segurança Coletivo e as demais Ações Coletivas reside, a nosso ver, na impossibilidade, de produção de outras provas, que não seja a documental, já que a necessária a prova do direito líquido e certo, além de somente ser viável contra Ato de Autoridade.

Tem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo, as entidades descritas nas alíneas *a* e *b* do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ou seja, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Os Sindicatos dos Trabalhadores Rurais, por exemplo, tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo para afastar uma norma, portaria ou ordem de serviço do INSS que venha a tolher os direitos de seus associados. Para MORAES (2001, p. 174) e a jurisprudência, principalmente a do Supremo Tribunal Federal, a orientação é no sentido de que é desnecessária a autorização dos membros de associação, entidade de classe ou entidade sindical, para a impetração do mandado de segurança coletivo, haja vista que se está diante

de legitimação extraordinária, o que não se confunde com qualquer tipo de representação ou mandato.

O legislador constitucional não coloca o Ministério Público como legitimado ativo e nem o autoriza como substituto processual. Ressalta-se ainda que a Constituição Federal em seu art. 129, III, atribui ao Ministério Público a defesa de direitos coletivos *lato sensu*, razão pela qual o mandado de segurança coletivo tem por objeto a defesa coletiva de direitos individuais. Além disto, o mandado de segurança coletivo não está descrito no rol do inciso III do art. 129 da Constituição Federal.

Para figurar no pólo passivo da ação, o impetrado é a autoridade coatora. Para GOMES JÚNIOR (2008, p. 53) o conceito de “*ato de autoridade*” é aquele praticado por autoridade, ainda que delegada, independente do Poder da República ao qual esteja vinculada (Executivo, Legislativo ou Judiciário), mas desde que esteja no exercício de uma função pública.

No caso do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o impetrado será, via de regra, o chefe do posto onde tramitam ou tramitará os processos administrativos dos segurados.

8.2 Da ação civil pública

Segundo CASTILHO (2004, p. 122) a ação civil pública é utilizada para proteger tanto os interesses difusos como os coletivos, entendidos pelos primeiros “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, e, por interesses coletivos, “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária da relação jurídica base”.

Os direitos dos segurados estão compreendidos entre os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Interesses difusos, segundo CASTILHO (2004, p. 35) são aqueles em que os titulares não são previamente determinados ou determináveis e encontram-se ligados por uma situação de fato; são, portanto, indivisíveis e, embora comuns a certas categorias de pessoas, não se pode afirmar com precisão a quem pertençam, nem em que medida quantitativa sejam compartilhados; não há vínculo jurídico entre os titulares.

Para GONÇALVES (2006, p. 09) interesses coletivos são defendidos de forma indivisível. Não é possível que a ação correspondente beneficie um dos titulares sem beneficiar os demais. Por isso a lei estabelece a coisa julgada *ultra partes*. A decisão judicial ou beneficia todos os que se encontram na situação jurídica base, ou não beneficia ninguém.

Interesses individuais homogêneos, segundo GOMES JÚNIOR (2008, p. 11) caracteriza-se por um número de pessoas que ainda não estejam devidamente identificadas, mas de possível identificação posterior, havendo um vínculo comum que caracteriza a sua homogeneidade. Para MAZZILLI (2004, p. 53) em sentido *lato*, os interesses individuais homogêneos também são interesses coletivos.

Os que têm legitimidade para propor ação civil pública são aqueles que integram o rol descrito no art. 5º da Lei n.º 7.347/85, com nova alteração dada pela Lei nº 11.448/2007: Ministério Público, Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, a associação que, concomitantemente - esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Ocorre que parte da doutrina e da jurisprudência não vem acatando o Ministério Público como parte legítima para figurar no pólo ativo da ação civil pública, quando está em jogo a defesa dos interesses individuais homogêneos.

Para CARNEIRO (2001, p. 09) dúvida não resta de que o MP, no alusivo à tutela de direitos individuais, somente é legitimado à promoção da ação coletiva no caso de serem tais direitos não apenas titulados por um número plural de pessoas (quantas?), como ainda de serem provenientes de uma "origem comum" e de se revestirem do caráter de "indisponibilidade". Necessário, todavia, indagar qual o significado, neste contexto, da indisponibilidade referida na lei ordinária. Parece-nos inaplicável, aqui, o conceito de direito indisponível *stricto sensu*, como direito insuscetível de ser renunciado, em hipótese alguma, pelo respectivo titular; aliás, poucos o são, no âmbito obrigacional e da responsabilidade civil. Consoante a orientação dominante nos pretórios, o conceito de "direito indisponível", para efeito de autorizar a atuação do MP em sua defesa, decorre da circunstância de o

"interesse coletivo" apresentar-se em primeiro plano, tornando-se, na perspectiva jurídica, menos relevante o interesse privado do titular em sua efetivação.

Os direitos dos segurados, por se tratarem de direitos disponíveis, são considerados como direitos individuais. Assim, tem o Superior Tribunal de Justiça,³⁸ entendido que o Ministério Público não pode ter legitimidade para figurar no pólo ativo da ação civil pública.

A Jurisprudência mais recente das Turmas de Direito Público do STJ admite o Ministério Público como legitimado para propor ação civil pública em defesa de direito individual indisponível à saúde de hipossuficiente. Essa legitimação extraordinária só existe quando a lei assim determina, como ocorre no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto do Idoso, sendo insuficiente falar, de forma genérica em interesse público.³⁹

Quanto a legitimação passiva, VIGLIAR (1997, p. 75) afirma que pode ser qualquer pessoa física ou jurídica, incluindo-se nesse caso, o INSS. Não se trata, no caso em exame, de ação coletiva passiva originária, que é a ação promovida contra o grupo, categoria ou classe de pessoas. A legitimidade passiva na ação coletiva passiva originária, anota GOMES JÚNIOR (2008, p. 66), será daquele que tenha figurado em eventual demanda originária ou que tenha aptidão para defender determinado direito coletivamente.

8.3 Momento ou oportunidade da antecipação da tutela nas ações coletivas

Faz-se necessário, analisar a palavra "liminar" e ver se a mesma tem correlação com o instituto da antecipação da tutela. Quem descreve com precisão o significado dessa expressão é FABRÍCIO (1997, p. 25) quando aduz que o sentido comum dos dicionários leigos, liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo

³⁸ STJ – 6ª T. Dec. Unân. – RESP 424233 – Relator: Hamilton Carvalhido – Fonte DJ data:12/12/2005, p. 425.

STJ – 6ª T. – Dec. Unân. – AGRESP 441815 – Relator: Paulo Gallotti – Fonte DJ data:09/04/2007, p. 282.

³⁹ STJ – 2ª T. – Dec. Unân. – RESP 620622 – Relatora: Eliana Calmon – Fonte DJ data:27/09/2007, p. 247.

momento da provação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não releva indagar se diz ou não com o *meritum causae* nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite *inaudita altera parte*, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação.

Quanto a natureza jurídica da liminar em mandado de segurança, correto é o entendimento de ZAVASCKI (2005, p. 192-193) quando afirma que não há dúvida que a liminar em mandado de segurança constitui típica hipótese de antecipação de efeito da tutela, semelhante à prevista no art. 273, I, do Código. Quem lhe nega esse caráter antecipatório, geralmente parte do pressuposto equivocado de que antecipação é o mesmo prejudgamento da causa. (...) Também a antecipação prevista no art. 273, I, do Código de Processo Civil, não constitui prejudgamento da causa, nem afirma ou retira direito algum, e nem produz efeitos jurídicos definitivos; e ela também tem por finalidade apenas acautelar direito ameaçado por risco de dano. Tais circunstâncias, contudo, de modo algum comprometem sua natureza antecipatória, pois o que fixa tal natureza é o conteúdo da medida, e não a sua finalidade. Quanto à finalidade, há identidade entre a medida cautelar e a antecipatória, já que ambas, em última análise e a seu modo próprio, visam a preservar a utilidade da função jurisdicional. Na espécie do art. 273, I, para afastar o perigo de comprometimento ao processo, a técnica utilizada é a de antecipar, em caráter provisório, algum efeito executivo decorrente da futura sentença, sem que isto, obviamente, importe prejudgamento da causa.

Levando em consideração tal entendimento, para a concessão da antecipação da tutela nas ações coletivas, serão utilizadas as mesmas regras do mandado de segurança individual e da antecipação da tutela. Entretanto, existe uma ressalva constante do art. 2º da Lei 8.437/92 que preceitua que, no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar somente será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas. Entende-se, contudo, que o privilégio dado ao ente de direito público encontra-se, pelo menos em matéria previdenciária, equivocada.

Primeiro, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n.º 729: “a decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa

de natureza previdenciária”, sùmula esta que também se aplica nas ações coletivas. Em segundo lugar, porque o constituinte não impôs condição ou restringiu a possibilidade de concessão da antecipação da tutela, nas ações coletivas, contra os entes de direito público, destoando o art. 2º da Lei 8.437/92 do art. 5º, inciso LXX da Constituição Federal de 1988.

Fazendo a parte ativa, a prova pré-constituída e sendo ela, condição para verificação do direito líquido e certo, no mandado de segurança, o momento do requerimento da antecipação da tutela é na petição inicial. Não havendo prova pré-constituída, deve o mandado de segurança ser extinto sem julgamento de mérito,⁴⁰ uma vez que esta ação constitucional não comporta instrução probatória.

Na ação civil pública, se há prova pré-constituída, o requerimento da antecipação da tutela deve constar na petição inicial. Necessitando de instrução probatória, o momento de requerimento ou da sua renovação se dará após as diligências, perícias ou a ouvida de testemunhas.

8.4 A defesa dos idosos através da tutela coletiva

Houve um grande avanço na defesa do direito dos idosos, com a promulgação da Lei n.º 10.741 de 1º de outubro de 2003, que os ampliou, como por exemplo, o desconto nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, a gratuidade no transporte coletivo público urbano, semi-urbano e interestadual, a assistência social aquele que comprovar renda inferior a ¼ do salário mínimo, ao acesso à justiça, com a prioridade na tramitação processual e na possibilidade da criação de varas especializadas.

Também criou sanção, para aquele que discriminar, humilhar, deixar de prestar assistência ou abandoná-lo, expor a perigo integridade e à saúde, física ou psíquica, apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento, reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão do idoso, dentre outros crimes definidos na própria lei.

A partir da vigência da referida Lei, houve significativa modificação nas atribuições do Ministério Público, para defender os interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso.

⁴⁰ STJ - 5ª T. - AgRg no RMS 22810/RJ – Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima - DJe 23/06/2008.

Isso porque, antes do Estatuto do Idoso, o Superior Tribunal de Justiça entendia que o Ministério Público não tinha legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos, quando inexistente relevante interesse social compatível com a finalidade da instituição.⁴¹

Com o advento do Estatuto do Idoso, mais precisamente em seu art. 74 incisos I e III, há autorização expressa ao Ministério Público para defender os interesses dos idosos.

Dentre essas possibilidades de propositura de ação civil pública para a defesa de interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso, podemos citar como exemplo a legitimidade do Ministério Público para discutir reajuste de valores de contratos de seguro-saúde⁴² e fornecimento de medicamento à pessoa idosa.⁴³

O direito do idoso ao lazer também pode ser tutelado por ação coletiva, quando não respeitados os arts. 3º, 20 e 23 do Estatuto. Tem se como exemplo ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em defesa de interesse coletivo dos aposentados que tiveram assegurado por lei estadual o ingresso em estádio de futebol.⁴⁴

Outro aspecto relevante é a atual modificação da Lei da Ação Civil Pública, que acrescentou no rol de legitimados, a Defensoria Pública,⁴⁵ na proteção dos interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos. Como exemplo, podemos citar a atuação do defensor público geral do Estado do Piauí, que propôs a ação civil pública que reúne provas contra um Banco paulista que lesionou, 1.320 idosos com fraudes por meio de empréstimos consignados. Na ação, estão sendo requisitadas suspensão de todos os contratos de empréstimos consignados feitos por intermédio do banco; suspensão pelo INSS de descontos mensais para os idosos lesados com o empréstimo; anulação de contratos fraudulentos; e proibição de contratação de empréstimo por meio de empresas intermediárias ou corretores autônomos.⁴⁶

⁴¹ STJ - 4ª T. - Dec. Unân - REsp 613493 - Processo: 200301968471/DF - Relator. Min. Cesar Asfor Rocha – Publicação: 20/03/2006.

⁴² STJ – 3ª T. – Dec. Unân. – REsp 286732 – Relatora: Min. Nancy Andrighi – Fonte DJ data:12/11/2001, pág.152.

⁴³ STJ – 1ª T. – Dec. Unân. - REsp 837591 – Relator: Min. José Delgado, DJ 11/09/2006.

⁴⁴ STJ – 4ª T. – Dec. Unân. – REsp 242643 – Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar – Fonte DJ data: 18/12/2000.

⁴⁵ Lei n.º 11.448/2007.

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.pi.gov.br/materia.php?id=25115>>. Acesso em: 17 set. 2007 17:10:00.

Por outro lado, a Ordem dos Advogados do Brasil também é parte legítima para a defesa dos direitos dos idosos, conforme depreende-se do inciso III do art. 81 do Estatuto do Idoso e a sua atuação vem aumentando, criando comissões estaduais para tratar especialmente desses direitos, fiscalizando instituições que cuidam dos idosos e atuando junto ao judiciário na defesa dos interesses.

Ressalta-se ainda criação da prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.⁴⁷

Afirma MARINONI (2006, p. 343) que no processo civil, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior será o benefício conferido ao réu.

No caso do idoso, essa demora na prestação jurisdicional se agrava, porque a idade avançada impede a espera de uma sentença de mérito. O momento oportuno para o requerimento da antecipação da tutela será na petição inicial.

⁴⁷ Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

9 RECURSO CABÍVEL EM CASO DE DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Segundo o § 2º do art. 162 do Código de Processo Civil, decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. Se distinguem do despacho, que são os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma. A decisão que concede ou nega a antecipação da tutela, como resolve questão incidente, é denominada de decisão interlocutória.

O recurso cabível, segundo o art. 522 do Código de Processo Civil, é o de agravo, na forma retida. Havendo receio de lesão grave ou de difícil reparação e nos casos de inadmissão da apelação ou relativo aos efeitos da qual a apelação é recebida, caberá agravo por instrumento.

Houve grande evolução jurisprudencial acerca da antecipação da tutela concedida no bojo da sentença, já que o Código de Processo Civil apenas preceitua que da sentença caberá o recurso de apelação.

Os Tribunais admitiam a propositura de medida cautelar inominada diretamente no Tribunal com o intuito de cessar os efeitos da antecipação da tutela concedida na sentença.⁴⁸ Posteriormente, estes não admitiam mais a medida cautelar inominada,⁴⁹ passando a entender que o recurso correto para atacar a antecipação da tutela concedida na sentença seria o agravo de instrumento.⁵⁰

Por outro lado, se verificava nos dois entendimentos anteriores, que havia a necessidade de interposição de dois recursos da mesma decisão, que entendemos violar o princípio unirecorribilidade ou singularidade. MOREIRA (1974, p. 204) aduz que o princípio se manifesta, em primeiro lugar, pela impossibilidade de interpor-se mais de um recurso contra a mesma decisão (*lato sensu*). (...) Ulterior manifestação do princípio consiste em tornar inadmissível o recurso porventura interposto no lugar

⁴⁸ TRF4, MC 97.04.56312-4, Sexta Turma, Relator Carlos Antônio Rodrigues Sobrinho, DJ 21/01/1998.

⁴⁹ TRF4, AGRMC 1999.04.01.049751-8, Sexta Turma, Relator João Surreaux Chagas, DJU 29.03.2000.

⁵⁰ TRF4, AC 97.04.66961-5, Quinta Turma, Relatora Virgínia Amaral da Cunha Scheibe, DJ 25/07/2001.

TRF4, AG 2001.04.01.025750-4, Sexta Turma, Relator Luiz Fernando Wowk Penteadó, DJ 05/09/2001.

de outro. Quem queira recorrer, há de usar a figura recursal apontada pela lei para o caso; não pode substituí-la por figura diversa.

Exceção a esta regra, por exemplo, é dos embargos de declaração, que pode ser interposto contra decisão que comporte ou não outro recurso.

Outro exemplo estaria na possibilidade de interposição de dois recursos contra o acórdão proferido pelo Tribunal; o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal se houver violação de dispositivo constitucional e o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, se houver violação há dispositivo de legislação federal. Nestes casos, é admitida a interposição de medida cautelar no Tribunal de origem para empregar efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial, nos termos das Súmulas n.ºs 634 e 635, ambas do Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que o recurso cabível da decisão que confere a antecipação dos efeitos da tutela no próprio corpo da sentença é a apelação, em respeito ao princípio da unirrecorribilidade ou singularidade recursal.⁵¹

Para se atribuir efeito suspensivo à sentença que concedeu a antecipação da tutela, deve-se ajuizar medida cautelar inominada diretamente no Tribunal que tem competência para apreciação da apelação.

Em se tratando de Juizados Especiais Federais, o art. 5º da Lei n.º 10.259/2001 autoriza a interposição de recurso das decisões interlocutórias que concedem ou negam à tutela de urgência (cautelar ou antecipatória) dirigido à Turma Recursal. TOURINHO FILHO E FIGUEIRA JÚNIOR (2002, p. 357) afirmam que a Lei não nomeia o recurso no art. 5º. Todavia não se fazia mesmo mister, em face da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, na qualidade de macrossistema instrumental e da adequação específica do recurso de *agravo por instrumento* para servir adequadamente como mecanismo de revisão do *decisum*.

⁵¹ STJ – AgRg no Ag 723.547/DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 29.11.2007, DJ 06.12.2007 p. 312.

STJ – Ag nº 508.161/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Quinta Turma. Decisão monocrática publicada em 21/09/2005.

STJ. REsp nº 727.248/PB, Rel. Ministro Paulo Galotti, Sexta Turma. Decisão monocrática publicada em 01/04/2005.

10 CONCLUSÕES

Sem dúvida, a grande quantidade de ações previdenciárias ajuizadas, é uma das causas da lentidão na tramitação dos processos no Judiciário, pela limitação do número de varas e de juízes.

Ocorre que esta situação poderia ser evitada, já que em diversas matérias previdenciárias, os Tribunais têm entendimento consolidado e não se vê mobilização da Procuradoria Autárquica, com o intuito de difundir esse posicionamento para aplicá-lo no cotidiano administrativo, evitando assim, o indeferimento do benefício, pois a propositura da demanda pelo segurado gera despesa ao erário, já que a sentença de procedência condena a autarquia no pagamento do benefício, no pagamento das parcelas atrasadas acrescidas de correção monetária e nos juros de mora, além dos honorários advocatícios.

Após a análise doutrinária e da evolução jurisprudencial sobre o tema, crê-se que a prova da filiação do segurado à Previdência Social é o maior obstáculo ao deferimento liminar da antecipação da tutela nas ações previdenciárias, uma vez que, na maioria dos casos levados ao Judiciário, a prova material não se reveste dos requisitos necessários à sua obtenção, necessitando da complementação da prova testemunhal para que o julgador tenha os elementos necessários à concessão da antecipação da tutela.

Diante das assertivas realizadas, podemos concluir que a Seguridade Social pode ser conceituada como um complexo de ações realizadas na área da saúde, da previdência e da assistência social que o Estado coloca à disposição de seus cidadãos.

A principal distinção entre Previdência e Assistência Social está no fato da obrigatoriedade de contribuição compulsória para que seja considerado filiado à Previdência Social. Quando na Assistência Social, qualquer cidadão terá acesso, independentemente de contribuição, desde que cumprida as exigências legais.

São Princípios da Seguridade Social: a) extensão do campo de aplicação, generalizando-se a toda a população; b) afastamento parcial da correlação estrita entre o pagamento da contribuição e os benefícios; c) unificação dos riscos e das respectivas reservas; d) extensão do amparo a novas formas de necessidades vitais e, e) alta consideração dos benefícios assistenciais, em natureza, principalmente os serviços médicos.

A respeito dos processos que discutem matéria previdenciária, após o advento da Lei n.º 10.259/2001, conclui-se que o rito sumário descrito no Código de Processo Civil está em desuso e não mais se aplica nos processos em tramite perante a Justiça Federal.

Quanto a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser feito de modo isolado, devendo ser observado, também o princípio da razoável duração do processo, juntamente com a legislação previdenciária, no bojo do caso concreto.

Se contrapondo aos princípios do segurado, temos o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório onde se ampara a autarquia previdenciária para apresentar as razões motivadoras do indeferimento ou cessação do benefício pleiteado.

Juntando-se aos princípios da autarquia, temos o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular e da Indisponibilidade, princípio que veda o direito na concessão de benefícios previdenciários que não estão em consonância com a legislação de regência, ou seja, veda o direito do segurado não inscrito ou irregularmente inscrito, na percepção de benefício previdenciário que não faz jus, em detrimento dos inúmeros segurados inscritos regularmente e que contribuem ao Regime Geral da Previdência Social.

Em caso de colisão entre os Princípios do Segurado e da Autarquia Previdenciária, num juízo de verossimilhança para a concessão de antecipação de tutela, deve o segurado demonstrar a preponderância do seu direito à obtenção do benefício. Tendo o magistrado dúvida, deve-se negar o pedido de antecipação de tutela, pois a dúvida atrai a preponderância dos princípios da autarquia previdenciária.

Conceitua-se antecipação da tutela como o instituto de que se serve o autor ou o réu (em caso de reconvenção ou pedido contraposto) para, mediante requerimento ao juízo da causa, pleitear o adiantamento parcial ou total dos efeitos pretendidos na sentença de mérito, desde que preenchidos os seus requisitos autorizadores.

É possível a antecipação da tutela contra a autarquia previdenciária, pois no processo previdenciário, o segurado pleiteia, normalmente, a implantação do benefício e conseqüentemente o pagamento das prestações periódicas mensais (parcelas vincendas) e não o pagamento antecipado das parcelas vencidas, que

serão objeto futura execução, se procedente a ação, não ferindo o que dispõe o art. 100 da Constituição Federal. Ademais, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n.º 729, atribuindo a possibilidade de antecipação da tutela nas ações previdenciárias.

Entende-se que é necessário o requerimento expresso pela parte, para apreciação do pedido de antecipação da tutela, no procedimento ordinário, perante a Justiça Federal e no procedimento ordinário e sumário perante a Justiça Estadual.

A cognição da antecipação da tutela é caracterizada pela superficialidade na apreciação da prova e na provisoriedade da sua concessão, uma vez que pode ser revogada a qualquer momento, por despacho fundamentado.

A verossimilhança das alegações, no processo previdenciário, não pode vir revestida na hipossuficiência do demandante e no caráter alimentar do benefício, pois se assim o fosse, todas as ações previdenciárias seriam passíveis de concessão de antecipação da tutela sem a observâncias dos demais pressupostos, o que, *data venia*, não nos parece correto.

No processo previdenciário, a prova inequívoca se resume na comprovação da filiação do autor à Previdência Social, comprovação do cumprimento da carência à obtenção do benefício (exceto aqueles benefícios descritos no art. 26 da Lei n.º 8.213/91) e comprovação do direito específico à obtenção do benefício pleiteado.

A respeito da natureza alimentar do benefício, constitui, quando muito, um indício do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação de que o requerente necessita da medida antecipatória, indício que, como tal, precisa estar apoiado em algum outro elemento de prova.

No processo previdenciário, para a caracterização do abuso do direito de defesa, será necessário verificar até que ponto o réu resiste ao pedido do autor por mero capricho, com simples caráter de emulação, ou quando apresenta defesa inconsistente.

A problemática do manifesto propósito protelatório do réu está presente no processo previdenciário, pois a autarquia previdenciária pode requerer diligências inúteis, cabendo ao juiz, analisar a pertinência e conveniência das diligências requeridas, indeferindo as que não cumprirem tais requisitos.

A possibilidade de gerar prejuízo à Previdência Social não pode ser obstáculo a implantação provisória do benefício. Se assim o fosse, caberia a legislação vedar a implantação provisória de benefícios previdenciários, via antecipação da tutela, o

que não ocorre na atual conjuntura. Em se tratando de irreversibilidade do provimento antecipatório, cabe ao juiz analisar o caso concreto, verificar se estão presentes os requisitos legais, como a qualidade de segurado e a incapacidade laborativa, para a implantação provisória do benefício de auxílio doença acidentário, pouco importando se o autor teria condições de ressarcir a Previdência Social, em caso de improcedência da ação, já que recebeu indevidamente as parcelas provisoriamente.

Conclue-se pela impossibilidade de antecipação da tutela da parte incontroversa da lide previdenciária, porque o pedido restringe-se a dois aspectos: a) implantação do benefício previdenciário com o pagamento mensal e b) pagamento das parcelas atrasadas desde quando devidas, pois tratando-se de direito indisponível, sequer a decretação da revelia, em caso de ausência de resposta do réu, autorizaria a antecipação da parte incontroversa, ante a vedação inserida nos art. 302, inciso I combinado com o art. 351, ambos do Código de Processo Civil. Isso porque os procedimentos administrativos realizados pela autarquia previdenciária gozam de presunção de veracidade *juris tantum*, que só podem ser elididos por prova material e testemunhal robusta a ser produzida no curso do processo. Com exceção às ações que visem a revisão e/ou majoração do valor do salário de benefício.

Admiti-se a aplicação em conjunto dos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, com o fundamento da obrigação de fazer (implantar o benefício), com a obrigação de pagar, restando autorizada a cominação de multas por descumprimento de qualquer das obrigações (*astreintes*).

Entende-se que, se o legislador autoriza a possibilidade de concessão da antecipação da tutela de ofício nos Juizados Especiais Federais, porém, é inócuo o deferimento de antecipação da tutela nas sentenças proferidas pelo Juizado Especial Federal, já que os recursos, em regra, não têm efeito suspensivo (art. 43 da Lei n.º 9.099/95), devendo assim, a sentença ser cumprida imediatamente.

Também conclue-se que para a concessão de antecipação da tutela ações previdenciárias é necessário comprovar: a) a filiação, baseada em início de prova material, contemporâneo ao período que o segurado pretende comprovar, que poderá ser corroborada com prova testemunhal idônea; b) carência, quando o benefício previdenciário assim o exigir, que, dependendo do caso concreto; e c) o requisito específico do benefício pleiteado; podendo a antecipação de tutela ser

requerida na petição inicial ou após a produção de provas ou até mesmo em sede recursal.

O benefício de prestação continuada não segue a regra dos benefícios previdenciários para a concessão da antecipação da tutela, pois, sendo de caráter assistencial, basta ao julgador verificar a idade, em caso de idoso ou da incapacidade laborativa, em caso de invalidez e da renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, através da documentação apresentada (prova inequívoca), quando dela se extrair a hipossuficiência do autor (verossimilhança das alegações) e a vulnerabilidade financeira do núcleo familiar do assistido (*periculum in mora*). O requerimento da antecipação da tutela no benefício de prestação continuada deve ser feito na petição inicial.

A defesa dos segurados poderá ser realizada através de ações coletivas, como o mandado de segurança coletivo, desde que haja direito líquido e certo, sendo os legitimados ativos, aqueles descritos nas alíneas *a* e *b* do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, estando excluído o Ministério Público, que só poderá propor mandado de segurança coletivo para resguardar as prerrogativas da função, pois não lhe foi conferida legitimidade expressa. Tem legitimidade passiva, o chefe do posto da autarquia previdenciária.

Pode-se utilizar a ação civil pública, para defender os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, dos segurados. Também tem legitimidade ativa aqueles descrito no rol do art. 5º da Lei n.º 7.347/85. Ademais, apoia-se o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça que admite o Ministério Público como legitimado para propor ação civil pública em defesa de direito individual indisponível. Tem legitimidade passiva a autarquia previdenciária.

Momento do requerimento da antecipação da tutela em ações coletivas, se houver prova pré-constituída, é na petição inicial. Necessitando de instrução probatória, o momento de requerimento ou da sua renovação se dará após as diligências, perícias ou a ouvida de testemunhas.

A defesa do idoso também poderá ser realizada por ação coletiva e tem legitimidade ativa os entes descritos no art. 81 do Estatuto do Idoso. Esta Lei criou a prioridade na tramitação processual, já que demora na prestação jurisdicional ante a idade avançada, impede a espera de uma sentença de mérito. Assim, quando a ação tratar de direitos individuais ou coletivos dos idosos, há a necessidade de abrandamento na exigência de prova inequívoca (mas não a sua ausência por

completo), com o intuito de se formar convicção pela verossimilhança das alegações apresentadas, para o deferimento de antecipação da tutela. O momento oportuno para o requerimento da antecipação da tutela será na petição inicial.

O recurso da decisão interlocutória que defere a antecipação da tutela é o de agravo, seja na forma retida, seja por instrumento, quando presentes os requisitos autorizadores. Da decisão que concede a antecipação da tutela no bojo da sentença, o recurso é o de apelação, segundo o princípio da unirrecorribilidade ou singularidade.

Para se atribuir efeito suspensivo a sentença que concedeu antecipação de tutela, deve-se propor medida cautelar inominada perante o Tribunal competente para julgar a apelação.

O recurso que trata o art. 5º da Lei 10.259/2001 é o agravo por instrumento.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Brasília: Corde, 1994.

ARAZI, Roland. **La Prueba en el Proceso Civil**. 2. ed. act. e aum. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998.

ARMELIN, Donaldo. Tutela Jurisdicional Diferenciada. **Revista de Processo**. ano 17, p. 45-55, jan-mar 1992.

ARMELIN, Roberto. Notas sobre a Antecipação de Tutela em Segundo Grau de Jurisdição. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 431-454.

BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BAUR, Fritz. **Estudos sobre Tutela Jurídica mediante Medidas Cautelares**. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

BEDAQUE, José Roberto. Considerações sobre a Antecipação da Tutela Jurisdicional. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 221-245.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do Provimento Antecipado. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 246-282.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela Antecipada, Abuso do Direito e Propósito Protelatório do Réu. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 309-331.

BIDART, Adolfo Gelsi. Tutela Procesal “Diferenciada”. **Revista de Processo**. n. 44, a. 11, p. 100-105, out-dez 1986.

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela Antecipada e Ações contra o Poder Público: reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 37-100.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito **Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Apêndice Giacomo P. Augenti. trad. 2. ed. ital. trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação Civil Pública - Direitos Individuais Homogêneos, Limitações à sua Tutela pelo Ministério Público. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 12** – [S.l.: s.n.] JUL-AGO/ 2001.

CASTILHO, Ricardo dos Santos. **Direitos e Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos**: ação civil pública, coisa julgada e legitimidade ativa do ministério público. Campinas: LZN, 2004.

COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. **Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Coordenação José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. Rio de Janeiro: Dialética, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRIEDE, Reis. **Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar**: à luz da denominada reforma do código de processo civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: SRS, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de Interesse Difusos e Coletivos**. Coleção Sinopses Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 26.

GONÇALES, Odonel Urbano. **Manual de Direito Previdenciário**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRIMM, Dieter. **A Função Protetiva do Estado, A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela Jurisdicional Diferenciada**: a antecipação e sua estabilização. Revista de Processo. a. 30, p. 11-37, mar. 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. trad. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Celso Barroso. **Conceito de Seguridade Social, Curso de Direito Previdenciário**. Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Novas Linhas do Processo Civil: acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Antecipação da Tutela**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A seguridade social na Constituição Federal: de acordo com a Lei 8.212/91 e Lei 8.213/91**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

_____. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 1998, t. 2.

_____. **Princípios de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: Atlas 1996.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio publico e outros interesses**. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas, 2005, v. 3.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. Procedimentos e Tutela Antecipatória. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 380-412.

PERSIANI, Mattia. **Diritto della Previdenza Sociale**. 16. ed. riveduta e aggiornata, Pavoda: Cedam, 2007.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. 3. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROSENBERG, Leo. **La Carga de la Prueba**. Trad. Ernesto Krotochin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **A Tutela Antecipada e Execução Específica**: análise dos arts. 273, 461 e 632 da reforma do CPC. Campinas: Copola Livros, 1995.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SATTA, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**. 13. ed. a cura di Carmine Punzi. Cedam: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Repensando Um Velho Tema**: a dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.cursoparaconcursos.com.br/arquivos/downloads/arts./Ricardo_mauricio.pdf> [2005]. Acesso em: 30 jun 2008.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de Tutela em Ações Declaratórias e Constitutivas. **Revista dos Tribunais**, v. 763, a. 88, p. 11-21, maio 1999.

_____. Tutela Antecipada. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 181-203.

TOMMASEO, Ferruccio. **I Provvedimenti D'Urgenza**: struttura e limiti della tutela anticipatoria. Padova: Cedam, 1983.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**: comentários à lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Tutela Antecipada na Seguridade Social**: de acordo com as leis ns. 10.259, de 12.7.01 (juizados especiais federais), 10.352, de 26.12.01, 10.358, de 21.12.01, 10.444, de 7.5.02 (reforma do código de processo civil). São Paulo: LTr, 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Atlas, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. atual. São Paulo: Centro de Publicações de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)