Universidade Anhanguera-Uniderp

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

**As garantias fundamentais asseguradas no art. 5º da Constituição
Federal e sua incidência no processo administrativo previdenciário**

Jane Marques Tenório

São Paulo/SP

2011

Jane Marques Tenório

As garantias fundamentais asseguradas no art. 5º da Constituição Federal e sua incidência no processo administrativo previdenciário

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* TeleVirtual como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Previdenciário.

Universidade Anhanguera-Uniderp

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

**Orientador: Prof^a Shary Kalinka
Ramalho Sanches**

São Paulo/SP

2011

Dedicatória

Aos juristas, julgadores e operadores do Direito, que na interpretação e aplicação dessa ciência contribuem para que o ideal de Justiça Social se transforme em realidade.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é destacar os princípios da isonomia, da legalidade, do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, assegurados como garantias fundamentais no art. 5º da Constituição Federal (*caput*, incisos II, LIV e LV), e seu alcance restrito no processo administrativo previdenciário, especialmente na hipótese em que a Administração Pública suspende ou cancela o benefício previdenciário do segurado, através do mecanismo conhecido como “alta programada”, autorizada pelo Decreto nº 5.844, de 13/07/2006, que acrescentou três parágrafos ao art. 78 do Decreto nº 3.049/99, sendo que no § 1º há expressa autorização de dispensa de nova perícia para avaliação da capacidade física do segurado. Também destaca-se o fato de que anteriormente a essa norma legal o INSS já havia expedido a Orientação Interna nº 138, de 05/05/2006, que dispõe no sentido de que a data da cessação do benefício deverá ser fixada em data anterior ou na data da realização do exame.

Palavras-chave: Garantias, fundamentais, processo, administrativo, previdenciário.

ABSTRACT

This paper has the purpose of highlighting the legal principles of isonomy, legality, due process of law, adversary system procedure and full defence, which are, according the Federal Constitution, fundamental principles. After that, we are analyzing the limited effects of these principles over the Social Security administrative proceedings, mainly when the Public Administration cancels, temporarily or permanently, the payment of the benefits. To do such, the Administration makes use of the “scheduled discharge”, granted by the Decree n° 5.844, from 13th July, 2006. This decree added three paragraphs to the article 78 of the Decree n°3.049/99. According to which is stated by the first paragraph, it is not compulsory a new medical examination to evaluate the health condition of the person receiving benefits. Before the above-mentioned change of the Decree, the Social Security had already issued an administrative rule, n°138, from 05th May, 2006. The rule states that the time when the payment of the benefit will be suspended must be fixed before or at the day of the medical examination.

Keywords: fundamental rights, administrative proceedings, social security.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
I - OS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	08
1. Princípios – Definição.....	08
1.1. Princípios Gerais de Direito.....	08
1.1.1. Fase Jusnaturalista	09
1.1.2. Fase Juspositivista.....	09
1.1.3. Fase Pós-Positivista.....	10
1.2. Princípios Constitucionais que Regem a Administração Pública.....	11
1.3. Princípios no Âmbito do Processo Administrativo Previdenciário.....	13
1.3.1. Princípio da Isonomia.....	14
1.3.2. Princípio da Legalidade.....	15
1.3.3. Princípio do Devido Processo Legal.....	16
1.3.4. Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.....	17
II. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO.....	19
1. Cancelamento do Benefício Previdenciário.....	20
2. Jurisprudência.....	21
III. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	25

INTRODUÇÃO

A doutrina nos ensina que os princípios são as bases de uma teoria, de uma estrutura de pensamento, de uma ciência.

Através deles, e até mesmo por causa deles, uma determinada ciência firma o cerne de seu desenvolvimento.

As reflexões aqui expressadas tiveram como matriz os princípios *stricto sensu*, os princípios gerais de Direito e sua evolução até ganharem a estatura de gestores das Constituições Federais promulgadas após a 2ª Grande Guerra, conhecida como Fase Pós-Positivista dos princípios, seguindo-se os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e os princípios no âmbito do processo administrativo previdenciário.

Embora esses cânones tenham sido alçados à condição de garantias constitucionais, a legislação superveniente, no âmbito do processo administrativo previdenciário, os têm afastado, em flagrante inconstitucionalidade, cabendo ao Poder Judiciário restabelecer as garantias neles asseguradas.

I. OS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

1. Princípios – Definição

Para o jurista e professor Oliveira (2003, p. 17), princípio vem a ser a causa, origem, começo, fonte, início, matriz, e ilustra o conceito com a definição de Aurélio Buarque de Hollanda: “Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”, e de Miguel Reale (2003, p. 18), no seu pontificado,

Que toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de *princípios*, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo de saber.

1.1. Princípios Gerais de Direito

Ainda segundo o professor Oliveira (op.cit., p. 27), os princípios gerais de Direito são universais, fundamentados pelo Direito Natural, e contêm um conteúdo moral suprapositivo: “O homem pode alcançar os princípios gerais de Direito através da razão que utiliza para compreender o universo (a natureza) e sua própria experiência”.

Paulo Bonavides, *apud* Oliveira (2003, p. 23), formula a trajetória normativa dos princípios em três fases: jusnaturalista, juspositivista e pós-positivista, a saber:

1.1.1. Fase Jusnaturalista

Remonta aos primórdios da cultura humana:

Os princípios estão postos numa dimensão abstrata e metafísica, um tanto distante da prática jurídica comum. São axiomas da reta razão, da natureza das coisas, da divindade. São postulados, esparsos, assistemáticos, controversos, da idéia de justiça num Direito ideal. Nos fins do século XVIII e início do século XIX, com o advento do constitucionalismo sob as vestes do Estado Liberal de Direito, doutrinas, por exemplo, como as da Escola da Exegese e da Escola Histórica do Direito, produzem alterações no quadro caracterizador da fase jusnaturalista e dão ensejo à eclosão do denominado período juspositivista” (op. cit., p. 23).

1.1.2. Fase Juspositivista

É o período em que

Os princípios gerais ingressam nos códigos como fonte subsidiária do Direito, figuram nas Constituições como disposições individuais ou como anunciações programáticas dotadas de baixíssima (ou nenhuma) eficácia jurídica. Ora são induzidos da legislação vigente, ora são tirados dos costumes ou da jurisprudência. Na previsão do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, constituem o derradeiro meio de integração dos textos positivos, enquanto derivam e se subordinam à lei” (op. cit., p. 23).

Nessa quadra, consideramos relevante trazer algumas considerações acerca da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04/09/1942), que em seu art. 4º dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

A professora e jurista Maria Helena Diniz (1996, p. 3) ensina que

A Lei de Introdução não é parte integrante do Código Civil, constituindo tão-somente uma lei anexa para tornar possível a mais fácil aplicação das leis. Estende-se muito além do Código Civil, por abranger princípios determinativos da aplicabilidade das normas, questões de hermenêutica jurídica relativas ao direito privado e ao direito público e por conter normas de direito internacional privado.

(...)

Na verdade, é uma lei de introdução às leis, por conter princípios gerais sobre as normas sem qualquer discriminação.

(...)

Trata-se de norma preliminar à totalidade do ordenamento jurídico nacional.

Diniz (1996, p. 126) também destaca que

muitos desses princípios encontram-se prescritos em normas (ex.: art. 85 do Código Civil: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”). Porém, em sua grande maioria estão implícitos, podendo ser descobertos pela análise dos subsistemas.

Nessa fase juspositivista os princípios gerais de Direito “são relegados juridicamente a um papel secundário e subserviente” (OLIVEIRA, 2003, p. 25).

1.1.3. Fase Pós-Positivista

Tem destaque a partir do final da 2ª Guerra Mundial e vem a ser uma terceira posição doutrinária, que sobreleva o papel dos princípios nas Constituições promulgadas desde então.

Bonavides, *apud* Oliveira (2003, p. 25), teoriza que:

A nova teoria constitucional acentua a hegemonia axiológica-normativa dos princípios gerais de Direito, porque acolhido nas dogmáticas e positivados nas Constituições que configuram o pós-positivismo. Não são meramente a *ratio legis*, nem mesmo simplesmente a *lex*, mas sobretudo a *lex superior*, uma vez que formam o “coração das Constituições” sobreditas. São, no melhor sentido, *ratio iuris*.

É operada a constitucionalização dos princípios gerais de Direito. Estes não estão mais no grau de fonte subsidiária, porém sim no de “fonte das fontes”. Formam o núcleo supremo ao redor do qual gravitam todos os direitos e deveres que compõem o sistema jurídico.

(...)

Os princípios baixaram primeiro das alturas montanhosas e metafísicas de suas primeiras formulações filosóficas para a planície normativa do Direito Civil. Transitando daí para as Constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa.

E concluiu o professor Oliveira: “O Direito Constitucional contemporâneo é centrado na força normativa dos princípios de Direito, os quais espelham os direitos fundamentais” (op. cit., p. 27).

Os princípios ganharam tanto destaque na moderna ciência do Direito que um dos maiores administrativistas brasileiros, Celso Antonio Bandeira de Mello, *apud* Oliveira (idem, p. 54), ao discorrer sobre a sua violação, tornou célebre sua teoria, tantas vezes transcrita em obras jurídicas (p.ex.: FERRAZ, Sérgio. **Norma Processual Trabalhista**. São Paulo: RT, p. 30), aqui também reproduzida:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

1.2. Princípios Constitucionais que Regem a Administração Pública

O professor Messias Peixinho (2001, p. 449) estabelece distinção entre os princípios fundamentais constitucionais e os demais princípios previstos na Constituição, e sustenta que a Constituição Brasileira abriga os princípios fundamentais em setores:

Primeiramente aparecem, em todo o seu esplendor, no preâmbulo da Constituição, em que se materializa o Pacto Fundamental, a vontade suprema do constituinte expressa em valores como liberdade, segurança, bem-estar, igualdade, justiça, fraternidade, pluralismo e harmonia social, entre outros.

Em seguida, o mesmo autor destaca os princípios fundamentais inscritos nos quatro primeiros artigos da Constituição, em que estão delineadas a Constituição do Estado Democrático e sua missão institucional, a estrutura do Estado, assentada na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, na livre iniciativa e no pluralismo político, sendo que no art. 3º estão os objetivos a serem perseguidos pelo Estado, tendo como prioridades absolutas a justiça, a solidariedade, o desenvolvimento nacional, e o art. 4º arrola os princípios a serem observados pelo Brasil em seus compromissos internacionais (op. cit., p. 450).

Também ressalta que, ao lado dos princípios fundamentais estão outros princípios constitucionais da maior relevância, e no tocante à Administração Pública, classifica os princípios como normas gerais, referindo-se às que constam no art. 37 da Constituição Federal, e normas setoriais, que regulam determinados capítulos do Direito Administrativo (op. cit., p. 452).

Quanto aos princípios administrativos gerais, arrola: da legalidade, supremacia do interesse público sobre o interesse privado, impessoalidade, presunção de legitimidade, especialidade (que vem a ser a descentralização administrativa), controle ou tutela (a Administração Pública tem o dever de fiscalizar suas próprias atividades e dos entes que se subrogam nas atividades que lhe são inerentes), autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, publicidade, moralidade administrativa, razoabilidade, motivação, finalidade (o bem comum), proporcionalidade, controle judicial dos atos administrativos, responsabilidade do Estado por atos administrativos, princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Com relação aos princípios administrativos setoriais, o professor Messias Peixinho disserta que, mesmo não estando sistematizados, podem ser extraídos do Direito Administrativo os mais relevantes, que estão presentes nos serviços públicos, no poder de polícia, no direito de propriedade, na desapropriação, no ato administrativo, nos contratos administrativos, no procedimento de licitação, na Administração Indireta, nos servidores públicos, no processo administrativo, na responsabilidade extracontratual do Estado, nos bens públicos e no controle da Administração Pública (op. cit., p. 453-454), concluindo no sentido de que os princípios noticiados demonstram que nenhum outro ramo do direito se utiliza mais dos princípios que o Direito Administrativo, que objetivam

Fornecer ao hermenauta do direito um instrumento capaz de superar as estruturas desumanizantes ainda fluentes na sociedade, promovendo a dignidade da pessoa humana, conforme os preceitos fundamentais epigrafados, principalmente, no artigo 3º da Carta Magna (idem, p. 471-472).

1.3. Princípios no Âmbito do Processo Administrativo Previdenciário

O jurista Wagner Balera (1999, p. 105) leciona que o direito positivo constitui-se de um sistema, em que convivem

O conjunto normativo expresso pela Constituição; a legislação e, segundo hierarquização formal e substancial contida na Lei das Leis, a infinidade de normas individuais que a vida jurídica vai introduzindo e integrando ao mundo do Direito.

Os princípios integram esse sistema, tendo Nelson Nery Junior (1999, p. 27) ressaltado que

É sabido que se considera ciência aquele ramo de estudo que é informado por princípios. Estes, portanto, é que dão natureza de ciência a determinada matéria.

Com isso, pode-se afirmar que os princípios permeiam todo o ordenamento jurídico, ainda quando não expressamente enunciados na norma legal.

O professor Balera (1999, p. 108) considera que acima dos demais princípios que informam as regras processuais em matéria previdenciária estão os da isonomia e da legalidade, também destacando os princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa.

1.3.1. Princípio da Isonomia

Esse princípio está inscrito no art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O conceito de igualdade remonta à Grécia antiga, mas foi a Revolução Francesa que erigiu o princípio da igualdade como um de seus pilares, embora de ordem individualista, dada a sua origem burguesa (NASCIMENTO Fº, 2002, 316).

No âmbito do processo administrativo, se traduz em

Propiciar equivalente quantidade de oportunidades processuais aos que se encontram em litígio, a fim de que se concretize em relação a eles, e como resultado do processo, a quantidade de bem estar e de justiça que lhes cabe no sistema de proteção social (BALERA, 1999, p. 110).

Portanto, ainda que na condução do processo administrativo previdenciário o ente público esteja em posição vantajosa, por não se encontrar

eqüidistante em relação ao segurado, tal como acontece com o juiz natural no processo judicial, deverá propiciar ao segurado a oportunidade de atuar no processo nas mesmas condições da parte contrária, no caso, o INSS.

Essa condição de igualdade pode ser identificada a seguir:

Assim como o órgão da seguridade social pode exigir que o segurado se submeta a perícia médica por meio da qual se constate a ocorrência de moléstia incapacitante para o trabalho, também o beneficiário faz jus ao exame pericial, realizado por junta médica da Previdência Social, na qual fique demonstrada a existência do mal. (BALERA, 1999, p. 113).

1.3.2. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade consta da Constituição Federal no art. 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e no art. 37, no que se refere à atividade administrativa:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

O insigne mestre de todos nós, José Afonso da Silva (2009, p. 85), observa que,

Na verdade, o regime de garantias constitucionais condicional a atividade administrativa, prescrevendo uma série de normas que procuram dar efetiva consistência ao *princípio da legalidade*, desde sua expressa e específica previsão no art. 37 em relação a toda e qualquer Administração Pública, direta e indireta, correlacionado aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que o reforçam, até a afirmação dos princípios do “devido processo legal” (art. 5º, LIV) e do contraditório “em processo judicial ou administrativo” (art. 5º, LV).

Dessa forma, “O processo administrativo obedece, como todo e qualquer processo, aos cânones da legalidade” (Balera, 1999, p. 17).

1.3.3. Princípio do Devido Processo Legal

Esse princípio está consagrado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e nas palavras de Emerson Odilon Sandim (1997, p. 65), “objetiva salvaguardar o direito das partes, a boa realização da justiça, enfim, a própria estrutura do Estado Democrático de Direito”.

Os desdobramentos desse princípio podem ser encontrados no direito ao contraditório, direito à publicidade, direito à insurgência contra procedimento irregular, direito à motivação das decisões, direito à efetividade do conteúdo dos atos sentenciais (op. cit., p. 65).

De outra parte,

O devido processo legal, inda que não detenha o primado dentre os princípios, dá as devidas dimensões àquelas garantias fundamentais. Sem ele não se pode falar em igualdade entre as partes. E, é por meio da igualdade, reconhecida como o primeiro dos princípios, por dar plenitude a todos os outros, que se alcança a justiça social (BALERA. 1999, p. 120)

Já a sempre presente administrativista Lucia Valle Figueiredo *apud* Egon Bockmann Moreira (2000, p. 205) consignou, no que tange ao Direito Administrativo, que a aplicação do “devido processo legal” se reduz aos “processos que têm contrariedade”, “processos em que existam acusados”, “processos sancionatórios” e “processos ablativos de direitos”, com fundamento na idéia de que “não pode a Administração suprimir direitos, desconstituir situações, sem que ouça o administrado *preliminarmente*.”

1.3.4. Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Conforme preceitua José Afonso da Silva (2009, p. 154), são dois princípios em que o primeiro já contém o segundo, porque não há contraditório sem ampla defesa. A Constituição Federal o consagra no art. 5º, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Nelson Nery Junior (1999, p. 127) ensina que na Carta Política de 1969 havia previsão expressa da garantia do contraditório somente para o processo penal (art. 153, § 16, CF/1969), ainda que a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, citados pelo autor, já tivessem se manifestado que tal princípio se aplicava, também, aos processos civil e administrativo.

Segundo o professor Paulo Hoffman (2006, p. 33)

Apesar de interligados, não é demais relembrar que contraditório e ampla defesa são conceitos distintos. O contraditório permite a isonomia de atuação entre as partes no processo, concedendo-lhes a bilateralidade de informações e manifestações, sempre ouvidas pelo juiz. Já a ampla defesa coloca à disposição das partes – não só do réu – uma vasta possibilidade de alegações e de produção de provas e um sistema procedimental lógico e coerente para que suas alegações e defesas sejam completamente trazidas a juízo, até mesmo como modo de permitir a disputa e o diálogo entre as partes, a propiciar a sentença mais adequada e correta possível.

A doutrina de Nascimento Filho (2001, p. 325-326) é no seguinte sentido:

O contraditório se desenvolve de modo dialético. A cada ato praticado por uma parte ou determinado pelo juiz, deve ser dada a oportunidade de participação do sujeito não integrante do referido ato.

(...)

Eregido como regra de cunho constitucional, a obrigatoriedade do contraditório, inclusive nos processos administrativos, consolidou, no

Brasil, a tendência universalista de privilegiar a necessidade da defesa para legitimar o processo, induzindo a participação das partes a fim de possibilitar se não uma decisão justa, pelo menos mitigar os prejuízos causados pelo ato decisório, de inegáveis repercussões na vida privada e social, dependendo da natureza do litígio.

Diante do que se expôs, é correto dizer que através do princípio do contraditório e ampla defesa assegura-se às partes a igualdade jurídica e, como corolário, a possibilidade de que o ideal de justiça se realize no processo.

II. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO

O processo administrativo previdenciário obedece aos ditames da Lei nº 8.213/911, do Decreto nº 3.048/99, e da Lei nº 9.784, de 29/01/99, que regula o processo administrativo genérico, conforme expressamente dispõe o art. 69: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

A Lei nº 9.784/99 também se reporta aos princípios, alguns deles já expressos no art. 37 da Constituição Federal, em seu art. 2º, a saber:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

O parágrafo único do art. 2º descreve os critérios que devem ser observados no processo administrativo, em número de treze, e representam verdadeiros desdobramentos dos princípios arrolados no *caput* do artigo.

Na seqüência, a Lei nº 9.784/99 elenca os direitos e deveres do administrado (arts. 3º e 4º).

A se considerar o amplo espectro de garantias legais e constitucionais noticiadas ao longo deste trabalho, é de se supor que o administrado está amplamente protegido na busca ou manutenção do benefício previdenciário, mas a realidade do processo administrativo previdenciário revela, por vezes, a violação dos princípios tão reiteradamente proclamados, através de procedimentos amparados na lei em sentido estrito, ou ainda em normas internas da Previdência Social.

1. Cancelamento do Benefício Previdenciário

Em casos de processo administrativo por razão de cancelamento de benefício (Lei nº 10.666/2003, art. 11), a previdência notificará o beneficiário para que no prazo de 10 dias apresente defesa, juntando provas ou documentos. A notificação será feita por via postal com AR. Não comparecendo o beneficiário nem apresentando defesa, o benefício será suspenso (art. 11, § 3º da Lei 10.666/03). O art. 11, § 3º da lei supracitada implica em evidente inconstitucionalidade, pois de modo algum a Administração poderá cancelar um benefício previdenciário sem atender aos preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV, da CF/88 e súmula 160 do extinto TFR. (FERRARO, Suzani Andrade. PEIXINHO, Manoel Messias. *Processo Administrativo Previdenciário*. Disponível em <http://www.ineja.com.br/artigos/artigo.php?id=4>. Acesso em 12.07.2010. Material da 2ª aula da Disciplina Processo Previdenciário, ministrada no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Televirtual em Direito Previdenciário – Uniderp – Rede LFG).

O cancelamento do benefício na situação descrita acima, decorrente do não comparecimento do segurado, vai de encontro ao art. 27 da Lei nº 9.784/99, que dispõe no sentido de que o desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos.

Outra situação de cessação indevida do benefício de auxílio-doença está prevista no art. 78 do Decreto nº 3.048/99, que sofreu acréscimo de três parágrafos através do Decreto nº 5.844, de 13/07/2006, sendo que o § 1º prescreve:

§ 1º. O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação médico-pericial, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, dispensada nessa hipótese a realização de nova perícia.

Anteriormente a esse Decreto o INSS já havia expedido a Orientação Interna nº 138 INSS/DIRBEN, de 05/05/2006, “considerando a necessidade de uniformizar as atividades da área de Perícia Médica, no que se refere às

conclusões médico-periciais”, em que consta que a data da cessação do benefício “deverá ser fixada em data anterior ou na Data da Realização do Exame-DRE, conforme o caso;” (art. 1º, § 2º, inciso I, letra “b”).

Como se vê, tanto a norma legal (§ 1º, art. 78, Decreto nº 3.048/99) quanto a norma interna da Previdência Social (O.I. nº 138/2006), transcritas acima, padecem do vício de inconstitucionalidade, pela violação dos princípios que foram objeto deste estudo, especialmente do contraditório e ampla defesa, uma vez que ao segurado não é dada a oportunidade de demonstrar que ainda se encontra enfermo, fato que o leva a bater às portas do Poder Judiciário que, no mais das vezes, acolhe sua pretensão para determinar o restabelecimento do benefício.

2. - Jurisprudência

Os julgados a seguir colacionados indicam que os Tribunais têm rechaçado a prática do INSS, de suspender ou cancelar o benefício previdenciário sem observar as garantias do segurado:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Previdenciário. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1105324. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 18 de junho de 2009.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NÃO OBSERVÂNCIA. SÚMULA 83/STJ. Na hipótese, o e. Tribunal *a quo*, em conformidade com a jurisprudência pacificada no âmbito desta e. Corte Superior, decidiu pela ilegalidade do ato de suspensão do benefício previdenciário em razão da não observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Incidência da Súmula nº 83/STJ. Agravo regimental desprovido.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Previdenciário. Recurso Especial nº 591660. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 de agosto de 2004.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SUSPEITA DE FRAUDE. COMPROVAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. INAPLICÁVEL. NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 7 DO STJ. 1. É garantida à Administração a revisão de benefício previdenciário na hipótese de constatação de fraude em seu ato concessório, não se aplicando o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 207 do Decreto-Lei 89.312/84. 2. A suspensão de benefício previdenciário por suspeição de fraude deve ser precedida de instauração de processo administrativo regular, assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa. 3. Não há como rever a conclusão da Corte *a quo*, firmada no sentido de que o *modus operandi* adotado pelo INSS na suspensão do pagamento obedeceu ao procedimento administrativo devidamente traçado na lei, porquanto haveria necessidade de incursão ao campo fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via eleita, por força do comando da Súmula nº 7 do STJ. 4. Recurso não conhecido.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 3. Previdenciário. Agravo de Instrumento nº 2008.03.00.003884-0. Relator: Desembargador Federal Antonio Cedenho. São Paulo, 03 de agosto de 2009.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REVISÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REDUÇÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO À RAZÃO DE 30% AO MÊS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. CONFIGURADA A HIPÓTESE DE FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, BEM COMO DE VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO. I – O não atendimento, pelo agravante, da disposição contida no art. 526 do Código de Processo Civil não altera o deslinde do agravo de instrumento, porquanto a oportunidade para que o juiz da causa realizasse o juízo de retratação atenderia ao interesse do próprio agravante, que optou por não praticar esse ato processual. Precedente desta Corte. Preliminar rejeitada. II – O agravante foi comunicado, após seis anos em que vinha recebendo o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, que em consequência de revisão administrativa passaria a sofrer redução do seu valor mensal, além do desconto da diferença apurada, no importe de R\$ 12.154,83, a ser descontada no percentual de 30% ao mês. III – Processo administrativo que não observou o princípio do contraditório, em afronta à garantia constitucional assegurada no art. 5º, LV, da CF/88. IV – Situação que se enquadra na hipótese legal de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I), a par da verossimilhança da alegação, exigida pelo *caput* do mesmo dispositivo legal. V – Agravo legal a que se nega provimento.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Previdenciário. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.33.07.000632-1. Relator:

Desembargador Federal José Amílcar Machado. Brasília, DF, 13 de junho de 2007.

EMENTA: CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – AUXÍLIO-DOENÇA – COMUNICAÇÃO DE SUSPENSÃO PRÉVIA DO BENEFÍCIO, SEM PRODUÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA – ALTA PROGRAMADA – NÃO-INSTRUÇÃO DA DEFESA COM DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DA INSTAURAÇÃO DE DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO – OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – NÃO OBSERVÂNCIA – ORDEM DE RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO MANTIDA – REJEITADA PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Rejeita-se a preliminar de inadequação da via eleita, porquanto caracterizada a existência de ato de autoridade passível de exame na via mandamental. 2. Não comprovando a autoridade apontada como coatora a instauração do devido processo administrativo e conseqüente concessão da oportunidade de contraditório e ampla defesa, revela-se patente a ilegalidade do ato de suspensão de benefício, nos termos do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. 3. A garantia constitucional do devido processo legal exige que a autoridade administrativa, no exercício de suas atividades, atue de maneira não abusiva e não arbitrária, para que seus atos tenham legitimidade ético-jurídica. 4. “A suspeita de irregularidade na concessão de benefício previdenciário não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas dependerá de apuração em procedimento administrativo.” (Súmula 160 do extinto Tribunal Federal de Recursos). 5. Configurada ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o ato impugnado que fixou uma data futura para cessar o benefício recebido pelo impetrante, presumindo sua recuperação, sem a necessária produção de perícia médica contemporânea, apta a justificar o retorno ou não às atividades laborais. 6. Apelação e remessa oficial desprovidas.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o exame dos princípios que regem a atuação do segurado e da Administração Pública no âmbito do processo administrativo previdenciário, a conclusão a que se chega é que tanto o Poder Executivo quanto a Previdência Social (uma de suas faces), encontram mecanismos para cercear as garantias asseguradas ao administrado, primordialmente na Constituição Federal, em evidente prejuízo para o segurado, em razão do tempo transcorrido entre a suspensão ou cancelamento indevido do benefício previdenciário e seu restabelecimento em sede judicial, uma vez que as prestações relativas a esse período somente serão pagas através do regime de precatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALERA, Wagner. **Processo Administrativo Previdenciário: benefícios**. São Paulo: LTr, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FERRARO, Suzani Andrade. PEIXINHO, Manoel Messias. **Processo Administrativo Previdenciário**. Disponível em: <http://www.ineja.com.br/artigos.php?id=4>. Acesso em 12.07.2010. Material da 2ª Aula da Disciplina Processo Previdenciário, ministrada no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* TeleVirtual em Direito Previdenciário Uniderp – rede LFG.
- FERRAZ, Sérgio. **Norma Processual Trabalhista**. São Paulo: RT, 1983.
- HOFFMAN, Paulo. **Razoável Duração do Processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999.
- OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco. NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SANDIM, Emerson Odilon. **O Devido Processo Legal na Administração Pública: com enfoques previdenciários**. São Paulo: LTr, 1997.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 22ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.