

Requerimento Administrativo Prévio no INSS *Versus* Inafastabilidade do Acesso à Jurisdição

VINÍCIUS PACHECO FLUMINHAN

Advogado, Professor Universitário, Especialista em Direito Previdenciário pela EPD, Mestre em Direito pela Unimep, Doutorando em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

MAURITA BALDIN ALTINO TEODORO

Advogada, Mediadora pelo Clama, Professora Universitária, Especialista em Advocacia Cível pela FGV, Mestre em Direito Processual Civil pela UNIP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A inafastabilidade da jurisdição como garantia fundamental; 2 As condições da ação no velho e no novo CPC; 3 A posição ponderada do STF no RE 631.240; 4 Entendimentos administrativos notória e reiteradamente contrários à postulação do segurado; 4.1 Revisão de RMI com múltipla atividade; 4.2 Aposentadoria Especial por periculosidade; 4.3 Limites para a concessão do auxílio-reclusão; Conclusão; Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; direito de ação; interesse de agir; INSS.

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, a jurisprudência oscilou de entendimento quanto ao alcance do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal em matéria previdenciária, deixando dúvidas quanto à exata extensão do direito de ação dos segurados do INSS quando ausente o requerimento administrativo prévio para concessão, revisão, restabelecimento e manutenção de benefícios.

Algumas decisões expressavam a posição de que a ausência de requerimento administrativo prévio não eliminaria, por si só, a possibilidade de intervenção judicial, sobretudo diante da resistência da autarquia no curso da ação. Outras decisões vislumbravam, nesses casos, a carência de ação por falta de interesse processual ante a não demonstração da necessidade do postulante em provocar o Poder Judiciário.

Em função desta indesejável oscilação jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria e tratou do

tema no julgamento do RE 631.240, esclarecendo quais são os limites do direito de ação a partir de parâmetros objetivos e específicos que apontam quando o requerimento administrativo prévio é de fato necessário.

O presente artigo procurará, primeiramente, apontar as características do direito de acesso à jurisdição e sua conformação frente aos limites impostos pela legislação processual civil. Em seguida, esclarecerá qual é o entendimento atual do STF na matéria. Por fim, tentará ilustrar alguns casos em que o requerimento administrativo prévio no INSS mostra-se perfeitamente dispensável segundo a visão da Corte Maior.

1 A INFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

Entre as garantias fundamentais previstas no Título II da Constituição Federal, o inciso XXXV do art. 5º determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. Trata-se de um comando normativo amplamente reverenciado pela doutrina processual e comumente denominado *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*.

A reverência decorre da importância desta garantia constitucional, pois sem o direito de acesso à jurisdição os demais direitos da cidadania podem ter o seu exercício obstado de forma ilegítima, inclusive pelos outros poderes do Estado (Executivo e Legislativo).

Não é por acaso, aliás, que a separação de poderes é apontada pela doutrina como fundamento da inafastabilidade da jurisdição, eis que a regra presente no art. 2º da CF é a “garantia das garantias constitucionais”¹ e assegura ao cidadão o acesso à justiça para defender-se contra abusos e ilegalidades cometidas contra si pelo próprio Estado.

De fato, como observa Luis Henrique Bortolai, o acesso à jurisdição não representa apenas o acesso aos Tribunais. É também o acesso ao Direito². Daí a conclusão muito pertinente de José Afonso da Silva quando afirma que o acesso à jurisdição é a “principal garantia dos direitos subjetivos”³.

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 429.

2 BORTOLAI, Luis Henrique. *Projetos de extensão universitária nas Faculdades de Direito*. Curitiba: CRV, 2014. p. 85.

3 Loc. cit.

O inciso XXXV do art. 5º merece reverência também pela evolução que representa frente às disposições constitucionais anteriores sobre a matéria. A CF de 1967 garantia o acesso à jurisdição apenas nos casos de *lesão de direito individual* (art. 150, § 4º), nada referindo quanto aos casos de *ameaça de lesão*, quadro este sensivelmente piorado com a redação dada ao mesmo dispositivo pela Emenda Constitucional nº 07/1977, a partir de quando o ingresso do cidadão em juízo passou a exigir o exaurimento da via administrativa.

Portanto, o fato de a CF de 1988 permitir o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados representa uma ampliação do acesso à jurisdição. Além de não se exigir mais o exaurimento da via administrativa como regra geral, doutrinadores de peso rejeitam a própria necessidade de requerimento prévio na instância administrativa. Na lição de Guilherme Marinoni:

A ação visando à tutela jurisdicional pode ser proposta de forma imediata pela parte interessada. Vale dizer: a tutela jurisdicional não é condicionada à prévia instância administrativa – nem, *a fortiori*, ao seu prévio esgotamento. A Constituição vigente não repetiu a restrição constante do art. 150, § 4º, segunda parte, da Constituição de 1967, com a redação da EC 7/1977. Inexiste necessidade de prévia instância administrativa como antessala necessária à tutela jurisdicional.⁴

De fato, a possibilidade de acesso à jurisdição diante da mera ameaça de lesão a direito torna inócua a exigência de exaurimento da instância administrativa e até mesmo do requerimento prévio, posto que ambas as exigências são claramente incompatíveis com a permissão de que cidadão se antecipe frente à possibilidade de lesão a direito.

Com exceção das lides desportivas, não se vislumbra no texto constitucional qualquer restrição ao direito de ação contra o Poder Público. Portanto, tomando-se como referência apenas a CF de 1988, é possível afirmar que o requerimento administrativo prévio junto ao INSS não se apresenta como *conditio sine qua non* ao exercício do direito de ação.

4 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 717.

O direito de ação, entretanto, é regulado na legislação infraconstitucional e apresenta regras específicas no CPC. Embora se trate de uma nobre garantia constitucional, o acesso à jurisdição encontra algumas restrições que são essenciais para o seu exercício adequado e efetivo. Deste modo, torna-se necessário compreender a *ratio* das regras processuais a fim de aproximar a Constituição Federal do Código de Processo Civil.

2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO VELHO E NO NOVO CPC

As condições da ação são requisitos necessários em um processo para que se chegue ao provimento final de mérito. A ausência desses requisitos impossibilita a prolação de sentença definitiva (de mérito), ensejando apenas uma sentença terminativa (de extinção, sem julgamento de mérito).

Conforme bem salientado por Alexandre Freitas Câmara, a doutrina mais moderna entende que a expressão “condições da ação” não é a mais adequada, posto que, mesmo diante de uma sentença terminativa, o direito de ação é exercido pela parte, embora esta não obtenha um provimento final. Neste sentido, a expressão “requisitos do provimento final” se mostraria mais coerente⁵.

De qualquer maneira, o ainda vigente Código de Processo Civil de 1973 consagra expressamente três condições da ação no inciso VI do art. 267, ao permitir que o processo seja extinto, sem resolução de mérito, “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

Já o novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 13.105, de 16.03.2015, com *vacatio legis* prevista de um ano, demonstra uma posição mais coerente do que o diploma processual ainda em vigor ao prever, no inciso VI do art. 485, que “o juiz não resolverá o mérito quando: [...] VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

5 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*: volume 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 148.

Do cotejo entre os dois textos processuais verifica-se a ausência da *possibilidade jurídica* como hipótese de extinção do processo sem exame do mérito. O legislador seguiu entendimento majoritário da doutrina atual de que a impossibilidade jurídica do pedido é, na verdade, causa de decisão de mérito, e não de inadmissibilidade.

A *legitimidade* e o *interesse processual* foram mais bem adequados no novo texto legal, nos moldes do que entende a doutrina mais moderna, uma vez que passam a figurar “como pressupostos processuais de validade a possibilitar uma decisão final, de mérito: o interesse processual, como pressuposto de validade objetivo intrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes”⁶.

O interesse processual (ou interesse de agir) pressupõe a necessidade da parte em obter o provimento jurisdicional. Como a jurisdição é inerte, ela só é exercida mediante provocação da parte através do direito de ação. Porém, ao provocar o Estado para que este exerça um de seus poderes, o jurisdicionado deve assim proceder quando absolutamente necessário. Nenhuma atividade estatal, incluindo aí a jurisdição, deve ser exercida se não se mostrar absolutamente necessária.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, “o interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial”⁷. Assim, se a parte tem um direito ameaçado ou lesado e não encontra alternativa diversa da intervenção do Judiciário para compor seu prejuízo, então o seu interesse processual resta reconhecido.

Diversamente, se a intervenção do Judiciário mostra-se desnecessária, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito, pois uma atividade inútil estaria sendo realizada com ônus para o Estado e para toda a sociedade, sobretudo se considerarmos o já existente acúmulo de processos nos Tribunais. Deste modo, permitir a presença de um processo sem a menor necessidade seria cooperar para a piora deste quadro gravíssimo.

6 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br>. Acesso em: 23 jul. 2015.

7 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: volume 1. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 78.

Portanto, o interesse processual exige que a parte desrespeitada em seu direito realmente não tenha outro meio para sua proteção senão a tutela judicial. Por outro lado, a parte deve também observar a adequação dos seus pedidos com o provimento jurisdicional buscado. A necessidade dessa adequação denota também a importância do uso necessário e responsável do Estado-Juiz.

Não se pode olvidar, outrossim, que o próprio incentivo ao uso dos meios alternativos de solução de conflitos na novel legislação processual confirma a tese de que o Poder Judiciário somente deve ser chamado a agir quando, de fato, não há outra forma de recompor um direito lesado ou ameaçado.

Deste modo, resta claro que a exigência de demonstração do interesse processual não fere a garantia constitucional de inafastabilidade jurisdicional, até porque esse princípio está presente também no próprio Código de Processo Civil recentemente editado (art. 3º), juntamente com outros princípios garantidores do acesso à Justiça.

O cidadão sempre terá o seu direito de ação preservado. O que a legislação processual procura fazer é evitar processos desnecessários que colaboram para o afogamento do Poder Judiciário, racionalizando e otimizando o exercício da jurisdição pelo Estado para que seu ambiente seja reservado aos cidadãos que realmente necessitam da jurisdição como única ou última alternativa.

3 A POSIÇÃO PONDERADA DO STF NO RE 631.240

A controvérsia a respeito do requerimento administrativo prévio do segurado junto ao INSS foi tema de debate no RE 631.240. Procurando conciliar o princípio da inafastabilidade da jurisdição com as regras que regulam o direito de ação no CPC, o STF procurou dirimir a controvérsia a partir de duas diretrizes bem objetivas.

Em primeiro lugar, fez a distinção entre concessão, revisão, restabelecimento e manutenção de benefícios, resolvendo, assim, uma parte da polêmica. À exceção das lides que visam à concessão de benefícios previdenciários, as demais (revisão, restabelecimento e manutenção) já pressupõem a concessão e, conseqüentemente, o requerimento administrativo junto ao INSS.

Desta forma, o Pretório Excelso preservou, de um lado, a inexigibilidade de esgotamento da via administrativa para os casos em que já existe nitidamente uma relação controvertida entre segurados e INSS, e, de outro, preservou a necessidade de demonstração do interesse de agir dos segurados, porquanto o requerimento administrativo prévio de concessão é uma etapa minimamente necessária na relação jurídica entre segurados e o INSS.

Em segundo lugar, o STF ressaltou a dispensa de requerimento prévio nas situações de concessão em que esta etapa administrativa seria inútil por conta da divergência entre a rotina normativa interna do INSS e a pretensão dos segurados.

Com efeito, se *a priori* já se sabe que a pretensão do segurado encontrará resistência no entendimento normativo da autarquia, o requerimento prévio apenas geraria ônus desnecessário para ambas as partes. Neste caso, a indispensabilidade do direito de ação para a tutela do direito pretendido já está caracterizada e juntamente com ela o afastamento do requerimento prévio.

Os itens 1 a 4 da ementa do julgado do STF traduzem as diretrizes acima:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Prévio requerimento administrativo e interesse em agir. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Ad-

j-
já
e,
jir
r-
re

to
ia
is

ministração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

Em resumo, a postulação de concessão de benefícios diretamente em juízo não é autorizada, a não ser quando o entendimento administrativo é notoriamente contrário à pretensão do segurado, ao passo que, nos casos de revisão, restabelecimento ou manutenção, a postulação pode ser feita diretamente em juízo, a não ser que haja matéria fática até então desconhecida pelo INSS.

4 ENTENDIMENTOS ADMINISTRATIVOS NOTÓRIA E REITERADAMENTE CONTRÁRIOS À POSTULAÇÃO DO SEGURADO

r-
e-
s.
o
r-

Quando o STF ressalvou, no RE 631.240, os casos em que o entendimento administrativo é notoriamente contrário à pretensão do segurado, parece ter feito referência aos atos normativos oriundos do Ministério da Previdência e do INSS, ou seja, aos decretos que regulamentam a Lei nº 8.213/1991 e às conhecidas instruções normativas que detalham o modo de cumprimento do Regulamento.

is
j-
ir
j-

O poder regulamentar da administração pública deve ser feito com fidelidade à lei (art. 84, IV, da CF), não podendo ficar aquém nem além dos comandos legais, sob pena de macular a legalidade e exigir a intervenção judicial com fundamento no princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF).

o
r-
o
o
o
r
-
a
o
j
o

Mas é de se notar que a decisão do STF ressalvou também, ainda que de forma implícita, os casos em que a pretensão do segurado não é amparada pela lei por conta de vícios de constitucionalidade. Nesses casos, por óbvio, o requerimento prévio junto ao INSS é dispensável, uma vez que é manifesta a necessidade de postulação judicial da pretensão.

Vejamos então alguns casos em que, por força de lei ou pelo entendimento administrativo, a postulação do segurado deve obrigatoriamente ser feita em juízo e, conseqüentemente, sem a necessidade do requerimento prévio para o acesso à jurisdição.

4.1 REVISÃO DE RMI COM MÚLTIPLA ATIVIDADE

r
-

A regulamentação do cálculo do salário-de-benefício com múltipla atividade (art. 32 da Lei nº 8.213/1991) não se mostra compatível

com a Lei nº 9.876/1999. Conforme será demonstrado adiante, embora o dispositivo ainda esteja em vigor – posto que não houve revogação expressa até o presente momento –, sua aplicação ofende claramente a Constituição Federal.

Até a edição da Lei nº 9.876/1999, o período básico de cálculo (PBC) reunia apenas os últimos 36 salários-de-contribuição do segurado, apurados num período de até 48 meses, conforme determinava a redação original do art. 29 da Lei nº 8.213/1991. A partir de 26.11.1999, o PBC passou a compreender todo o período contributivo do segurado.

A lógica dos ínfimos adicionais aplicados ao salário-de-benefício do segurado em múltipla atividade, bem como da rejeição do aumento dos salários-de-contribuição na véspera da aposentadoria do segurado, quando ausente justificativa trabalhista ou inobservada a antiga escala de salários-bases, é explicada tão somente pelo fato de o PBC utilizado na época ser bem curto (composto por apenas 36 meses).

Assim, para evitar fraudes com aumentos repentinos dos salários-de-contribuição na véspera da aposentadoria e para preservar a relação adequada entre *renda no trabalho* e *renda nos proventos*, os salários-de-contribuição nas atividades múltiplas não eram somados em qualquer hipótese. Afinal, haveria um vício indesejado na RMI se os salários-de-contribuição no PBC (justamente no PBC!) fossem somados, posto que este quadro remuneratório não representaria a vida laboral do segurado. Tal configuração oneraria demais o sistema sem a prévia contrapartida financeira. Essas são as razões pelas quais o legislador estabeleceu os adicionais do art. 32 da Lei n.º 8.213/91.

Ocorre, porém, que as aposentadorias em geral não são mais calculadas apenas sobre os últimos rendimentos do trabalhador. Para os filiados após 26.11.1999, o PBC compreende todas as contribuições do segurado; para os filiados antes de 26.11.1999, retroage a julho de 1994. Portanto, o risco de fraude ou de onerosidade excessiva do sistema por conta de aumentos repentinos nos salários-de-contribuição às vésperas da aposentadoria não mais existe!

Nada obstante, o art. 32 da Lei nº 8.213/1991 continua sendo aplicado pelo INSS com notórios prejuízos aos segurados que laboram com

ra múltipla atividade. Por acarretar sensíveis diminuições no valor dos be-
io nefícios,

a

acaba por ofender o princípio do equilíbrio financeiro (art. 201, *caput*, da CF) a regra da contrapartida (art. 195, § 5º, da CF), a equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, V), a igualdade na concessão das aposentadorias (art. 201, § 1º, da CF) e o caráter substitutivo dos benefícios previdenciários (art. 201, § 2º, da CF).⁸

O

O,

3-

O

O

O

),

a

O

-

O

-

r

-

:

.

L

.

Vale a pena registrar que, na ocasião da conversão da recente Medida Provisória nº 664/2014, o Congresso Nacional acrescentou dispositivo alterando a redação do art. 32 para que os salários-de-contribuição em múltipla atividade fossem somados em qualquer circunstância. Porém, a Lei nº 13.135/2015 teve o referido dispositivo vetado sem o menor fundamento na Mensagem de veto.

Assim, considerando que o art. 32 da Lei nº 8.213/1991 é incompatível com a Constituição Federal, é evidente que a controvérsia entre os segurados e o INSS não exige requerimento prévio porque a decisão da autarquia se baseia na lei. Portanto, antecipando-se à lesão ao direito, pode o segurado ingressar em juízo de forma preventiva sem a anterior provocação administrativa.

4.2 APOSENTADORIA ESPECIAL POR PERICULOSIDADE

A aposentadoria especial é um benefício fortemente ligado à proteção da saúde do trabalhador, uma vez que sua concessão ocorre com tempo de contribuição reduzido para os segurados que comprovam exposição a agentes nocivos à sua saúde e integridade física durante o labor (art. 201, § 1º, da CF), ou seja, ela é antecipada por conta do desgaste do trabalhador. Segundo Aragonés Vianna,

a necessidade social coberta por esse benefício é a incapacidade laboral decorrente de atividade que prejudica a saúde ou integridade física do segurado submetido à exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais.⁹

8 FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. A múltipla atividade no cálculo do salário-de-benefício: anacronismo e ilegalidade. *Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre: SÍNTESE, n. 286, p. 97, abr. 2013.

9 VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 527.

Por dedução lógica, amparada inclusive pela legislação trabalhista, os agentes nocivos químicos, físicos e biológicos podem caracterizar ambiente de trabalho insalubre ou perigoso e, conseqüentemente, ensejar a concessão da aposentadoria especial. A insalubridade e a periculosidade são assim definidas pelos arts. 189 e 193 da CLT:

Art. 189. Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, *exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância* fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I – *inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;*

II – *roubos ou outras espécies de violência física* nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial [...].

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de *trabalhador em motocicleta*.

A legislação previdenciária prevê listas de agentes nocivos que ensejem a caracterização do caráter especial da atividade com o intuito de dar operacionalidade à concessão da aposentadoria especial. Essas listas podem ser constatadas no Quadro Anexo ao Decreto nº 53.831/1964, no Anexo I do Decreto nº 83.080/1979, no Anexo IV do Decreto nº 2.172/1997 e no Anexo IV do Decreto nº 3.048/1999, cada qual responsável pelo enquadramento das atividades profissionais exercidas durante suas respectivas vigências em respeito ao princípio *tempus regit actum*.

Ocorre, porém, que a definição de atividade especial adotada pelo INSS desde a edição do Decreto nº 2.172/1997 identifica-se apenas com a definição de insalubridade da CLT, deixando de lado as situações caracterizadoras da periculosidade. Não é por outra razão que o agente físico “eletricidade” desapareceu da lista naquele regulamento.

Além disso, os decretos consideram que as listas de agentes nocivos à saúde do trabalhador são exaustivas. Embora a recente Instrução

Normativa INSS nº 77, de 21.01.2015, admita analogia com outras atividades referentes aos agentes que já estão enumerados – entendimento, aliás, consagrado há muito tempo na jurisprudência (Súmula nº 198 do antigo TFR) –, o rol dos agentes continua sendo considerado *numerus clausus*.

Assim, apesar de as atividades com exposição a *inflamáveis, explosivos, energia elétrica, risco de roubo e uso de motocicleta* serem perigosas por definição legal, estão excluídas do entendimento administrativo do Ministério da Previdência, e por isso, para o INSS, não ensejam a concessão de aposentadoria especial.

Deste modo, considerando que a regulamentação dada aos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/1991 não acolhe a periculosidade como atividade capaz de autorizar a concessão de aposentadoria especial, é evidente que a controvérsia entre os segurados e o INSS deve ser dirimida diretamente em juízo, posto que o requerimento administrativo prévio nesses casos serviria apenas para desgastar o segurado e burocratizar desnecessariamente a própria autarquia previdenciária.

4.3 LIMITES PARA A CONCESSÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO

O auxílio-reclusão apresenta também controvérsias normativas no âmbito administrativo desde que o requisito da “baixa renda” foi estabelecido pela EC 20/1998, restringindo o pagamento do benefício apenas aos dependentes dos segurados de baixa renda (art. 201, IV, da CF).

Naquela ocasião, o art. 13 da EC 20/1998 utilizou como parâmetro para a verificação da “baixa renda” o valor de R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais) como limite máximo de renda bruta mensal do segurado preso para que seus dependentes recebessem o benefício. Além disso, remeteu à legislação ordinária a disciplina deste novo requisito e determinou que o valor provisório de R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais) fosse atualizado anualmente pelos mesmos índices aplicados no reajuste dos benefícios até a publicação de lei sobre a matéria.

Como até hoje a lei não foi editada, o valor tem sido alterado anualmente por meio de portarias conjuntas dos Ministérios da Previdência e da Fazenda. A mais recente delas é a Portaria Interministerial nº 13, de 09.01.2015, a qual, atualizando o valor de R\$ 360,00 (trezen-

tos e sessenta reais) até o ano de 2015, estabelece como limite máximo para enquadramento do segurado no critério da “baixa renda” o valor de R\$ 1.089,72 (um mil, oitenta e nove reais e setenta e dois centavos).

Portanto, só têm direito ao auxílio-reclusão os dependentes dos segurados que tenham auferido renda bruta mensal igual ou inferior ao valor retro mencionado. O Decreto nº 3.048/1999, por sua vez, pressupondo o limite estabelecido anualmente pelas Portarias Interministeriais, regula a concessão do auxílio-reclusão da seguinte forma:

Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, *aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).*

§ 1º *É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado.*

Como se observa, ao disciplinar o pagamento do auxílio-reclusão, o Decreto nº 3.048/1999 parece ter estabelecido duas hipóteses distintas para a concessão do benefício: a primeira para quem possui salário-de-contribuição inferior ou igual ao teto de R\$ 360,00 estabelecido pela EC 20/1998 (atualmente R\$ 1.089,72), e a segunda para quem não possui qualquer salário-de-contribuição no momento do encarceramento, mas mantém a qualidade de segurado.

Embora do ponto de vista hermenêutico os parágrafos sempre se subordinem ao contexto do *caput*, o Decreto nº 3.048/1999 denota a intenção de minimizar o rigor da EC 20/1998 e compensar o atraso na regulamentação legal da matéria porque, de fato, estabelece, no § 1º do art. 116, uma segunda hipótese de concessão do benefício para a qual pouco importaria o valor do último salário-de-contribuição do segurado preso.

A intenção em estabelecer uma segunda hipótese é reforçada pela situação socioeconômica dos dependentes que integram uma família na qual o segurado não apresenta salário-de-contribuição no momento da prisão. Supõe-se, pelo menos em tese, que, para fins de proteção social,

a ausência de salário-de-contribuição no momento da prisão revela um quadro socioeconômico pior do que a presença de salário-de-contribuição dentro dos limites legais.

Se a interpretação acima estiver correta, o art. 385 da Instrução Normativa INSS nº 77, de 21.01.2015, extrapolou do poder normativo quando disciplinou o pagamento do auxílio-reclusão, pois o inciso II do seu § 2º elimina a segunda hipótese de concessão acima mencionada, *verbis*:

Art. 385. Quando o efetivo recolhimento à prisão tiver ocorrido a partir de 16 de dezembro de 1998, data da publicação da *Emenda Constitucional nº 20, de 1998*, o benefício de auxílio-reclusão será devido desde que o último salário-de-contribuição do segurado, tomado no seu valor mensal, seja igual ou inferior ao valor fixado por Portaria Interministerial, atualizada anualmente.

[...]

§ 2º Quando não houver salário de contribuição na data do efetivo recolhimento à prisão, será devido o auxílio-reclusão, desde que:

I – não tenha havido perda da qualidade de segurado; e

II – o último salário-de-contribuição, tomado em seu valor mensal, na data da cessação das contribuições ou do afastamento do trabalho, seja igual ou inferior aos valores fixados por Portaria Interministerial, atualizada anualmente.

§ 3º Para fins do disposto no inciso II do § 2º deste artigo, a Portaria Interministerial a ser utilizada será a vigente na data da contribuição utilizada como referência.

Conforme se infere da IN 77, de 21.01.2015, não havendo salário-de-contribuição no mês de recolhimento à prisão, deve-se verificar, caso o preso não tenha perdido a qualidade de segurado, se o último salário-de-contribuição no seu histórico contributivo não ultrapassa o limite imposto pela EC 20/1998.

Assim, considerando que o § 1º do art. 116 do Decreto nº 3.048/1999 prevê duas hipóteses distintas de concessão do benefício, conclui-se que a Instrução Normativa INSS nº 77/2015 exorbita da sua função meramente regulamentadora ao restringir o pagamento do auxílio-reclusão.

Portanto, nada obstante a regulamentação da matéria pelo Decreto nº 3.048/1999, o entendimento oficial é desfavorável aos dependentes do segurado preso quando seu salário-de-contribuição remoto é superior ao limite da EC 20/1998. Deste modo, é absolutamente dispensável o requerimento administrativo prévio para o ajuizamento de ação contra o INSS.

CONCLUSÃO

De acordo com o posicionamento do STF no RE 631.240, o requerimento administrativo prévio junto ao INSS não ofende *a priori* o disposto no art. 5º, XXXV, da CF. A legislação processual pode (e deve) restringir o acesso ao Poder Judiciário para que a jurisdição seja exercida com adequação e efetividade.

Todavia, a Corte Suprema ressaltou no julgado que nem sempre o requerimento administrativo prévio é *conditio sine qua non* para o segurado levar sua pretensão ao Judiciário, deixando claro que tal procedimento não se aplica “quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado”.

A essa afirmação do STF pode-se acrescentar, por dedução lógica, que qualquer controvérsia envolvendo a própria constitucionalidade das leis previdenciárias, por óbvio, não exige também o requerimento administrativo prévio porque já se sabe de antemão que a pretensão do segurado será resistida pela autarquia previdenciária. É o que ocorre, conforme visto, com o cálculo de salário-de-benefício envolvendo a múltipla atividade prevista no art. 32 da Lei nº 8.213/1991, cuja constitucionalidade é discutível.

Por outro lado, o Ministério da Previdência Social e o INSS possuem poder normativo para regulamentar a legislação previdenciária. Infelizmente, porém, ambos por vezes exorbitam deste poder impondo deveres e/ou restringindo direitos sem o devido amparo da lei. Nesses casos, não faria sentido o requerimento administrativo prévio como condição da ação porque de antemão já se sabe que a pretensão do segurado será resistida. É o que ocorre, conforme visto, com alguns casos de auxílio-reclusão e aposentadoria especial.

Portanto, é preciso ter cautela para diferenciar cada caso levado à apreciação judicial para que o *discrimen* apontado pelo STF no RE

631.240 não seja desrespeitado. São vários os casos que dispensam o requerimento administrativo prévio, de modo que o juízo deve ponderar o perfil da lide antes de proferir sua sentença. Uma decisão terminativa pode atrasar a prestação jurisdicional e burocratizar o Judiciário com uma nova postulação desnecessária, situações que ofendem assim outros princípios constitucionais pela inobservância da irretocável decisão do Pretório Excelso.

REFERÊNCIAS

BORTOLAI, Luís Henrique. *Projetos de extensão universitária nas Faculdades de Direito*. Curitiba: CRV, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br>. Acesso em: 23 jul. 2015.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. A múltipla atividade no cálculo do salário-de-benefício: anacronismo e ilegalidade. *Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre: SÍNTESE, n. 286, p. 84-97, abr. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2012.