



DESAFIOS À JUDICIALIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: LEGALIDADE, MICROSCOPISTO E PRÉ-JULGAMENTO

*Andre Studart Leitão¹,
André Rodrigues Veras²,
Zélia Luiza Pierdoná³*

RESUMO

A judicialização da previdência social é um dos maiores desafios da Administração Pública e do Poder Judiciário. Normalmente, atribui-se ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a responsabilidade exclusiva pela existência de múltiplas ações previdenciárias. Sem embargo, existem outros tantos fatores não ostensivos que precisam ser analisados em virtude de seus impactos relevantes na concepção das lides. Sem qualquer pretensão de exaurir o tema, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar que os engenhosos desdobramentos dos princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana engendrados por advogados especializados e por associações científicas (supostamente) imparciais, o crescimento exponencial de controvérsias interpretativas microscópicas e o progressivo empoderamento normativo dos tribunais pátrios de uniformização, aliados à fluidez comunicacional típica das redes sociais com patrocínios publicitários capazes de direcionar os conteúdos noticiados para os destinatários certos (efeito reverberador das mídias), impulsionam o surgimento de novas demandas em face da autarquia previdenciária. Essa ambiência sedimenta as bases de uma estrutura movediça e disfuncional, que desestabiliza as regras do jogo, debilita o equilíbrio processual, viola o postulado da supremacia do interesse público/coletivo e compromete a ideia de harmonia entre os Poderes da República, ao ponto de leis e regulamentos estarem sendo progressivamente substituídos por teses judiciais complexas firmadas em sede de recursos repetitivos. O Judiciário não apenas resolve os conflitos que lhe são submetidos. Ele também pré-julga demandas potenciais futuras, atuando claramente como legislador positivo. Enfim, a partir do estudo, verifica-se que o processo judicial previdenciário precisa ser repensado, sob o risco de o interesse social continuar sendo suplantado por interesses individuais e associativos meramente econômicos. A metodologia empregada neste artigo é qualitativa, sendo lastreada em documentos e em bibliografia especializada.

¹ Mestre e Doutor em Direito (PUC-SP). Pós-doutor em Direito (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Universidade de Fortaleza e Mediterranea International Centre for Human Rights Research). Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unichristus. Professor no curso de graduação em Direito da FBUi. Procurador Federal. **E-mail:** andrestudart@gmail.com **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-9681-943X>.

² Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e Especialista em Direito Previdenciário pela mesma Instituição. Foi Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), Diretor de Benefícios Assistenciais no Ministério da Cidadania e Secretário de Previdência do Ministério do Trabalho e Previdência. **E-mail:** arveras@gmail.com

³ Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Sociais, também pela PUC/SP. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade Complutense de Madri. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, vinculada à Graduação e ao Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico. Procuradora Regional da República. **E-mail:** zélia.pierdona@hotmail.com **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-3162-1614>

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da previdência social. Legalidade. Microscopismo interpretativo. Pré-julgamento.

CHALLENGES TO THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL SECURITY: LEGALITY, MICROSCOPISM AND PRE-JUDGMENT

ABSTRACT

The judicialization of social security is one of the greatest challenges for Public Administration and the Judiciary. Normally, the National Institute of Social Security (INSS) is given sole responsibility for the existence of multiple social security actions. However, there are many other non-ostensive factors that need to be analyzed due to their relevant impacts on the conception of the disputes. Without any intention of exhausting the subject, the present work aims to demonstrate that the ingenious developments of the principles of legality and human dignity engendered by specialized lawyers and by (supposedly) impartial scientific associations, the exponential growth of microscopic interpretative controversies and the progressive normative empowerment of national standardization courts, combined with the typical communicational fluidity of social networks with advertising sponsorship capable of directing the reported content to the right recipients (reverberating effect of the media), drive the emergence of new demands in the face of social security autarchy. This ambience settles the foundations of an unstable and dysfunctional structure, which destabilizes the rules of the game, weakens the procedural balance, violates the postulate of the supremacy of the public/collective interest and compromises the idea of harmony between the Powers of the Republic, to the point of laws and regulations are being progressively replaced by complex judicial theses signed on the basis of repetitive appeals. The Judiciary not only solves the conflicts that are submitted to it. It also pre-judges potential future demands, clearly acting as a positive legislator. Finally, from the study, it appears that the social security judicial process needs to be rethought, under the risk of the social interest continuing to be supplanted by purely economic individual and associative interests. The methodology used in this article is qualitative, supported by documents and specialized bibliography.

KEYWORDS: Judicialization of social security. Legality. Interpretive microscoping. Pre-trial.

INTRODUÇÃO

Uma das premissas básicas de qualquer enfrentamento justo é a ideia de equilíbrio. Nenhum dos envolvidos no embate pode se encontrar em posição de vantagem perante o outro.

É fato que o ordenamento normativo assegura algumas prerrogativas para o poder público, a exemplo da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos e de prazos processuais diferenciados. Sem embargo, ultimamente, tais prerrogativas vêm sendo suplantadas por engenhosas construções doutrinárias e jurisprudenciais que municiam exageradamente os cidadãos no âmbito processual, gerando oscilações temerárias na estabilidade institucional do país.

A segurança jurídica, engrenagem fundamental que assegura previsibilidade por impedir mudanças indesejadas no fluxo institucional, é um consectário da legalidade, tanto que o próprio constituinte originário a erigiu como um dos princípios fundamentais da Administração Pública.

Embora a noção geral sobre o que é legalidade seja simples, no plano prático, seus desdobramentos caracterizam fragilidades defensivas relevantes, as quais têm sido

estrategicamente exploradas por profissionais astutos mediante interpretações baseadas apenas na conveniência.

Com efeito, a origem da segmentação legal decorre da hierarquia normativa e do elevado nível de abstração das regras superiores. Nesse sentido, não há dúvida de que os decretos, as portarias e as instruções normativas são indispensáveis para a uniformização da atuação administrativa. Porém, ao esmiuçarem os comandos legais, os atos normativos infralegais inevitavelmente estabelecem regramentos específicos. E esse detalhamento só é invocado pelos interessados quando proveitoso. Do contrário, sustenta-se a ilegalidade do dispositivo regulamentar. Em síntese: só valem as regras que sejam favoráveis aos interesses dos beneficiários.

Além da vulnerabilidade das regras inferiores, ainda há o risco de pedras serem atiradas no "telhado da lei", por meio de argumentos supostamente lastreados na dignidade da pessoa humana, principal fonte do pan-pricipiologismo (STRECK, 2012) que tanto compromete a estabilidade das regras do jogo.

Outro efeito colateral da necessidade de detalhamento das regras legais é o microscopismo das querelas judiciais. Enquanto a maioria das demandas do século XX discutiam erros de execução da autarquia, milhões de processos da atualidade questionam pormenores interpretativos complexos que muitas vezes sequer são compreendidos pelos beneficiários da previdência social.

Para superar a incompreensão dos beneficiários, os advogados da área, amparados no Provimento nº 205/2021 do Conselho Federal da OAB (*online*), investem em publicidade de "conteúdo informativo" em suas redes sociais, reverberando o eco da litigiosidade (efeito reverberador das mídias). Aliás, o próprio Judiciário vem divulgando notícias sobre decisões referentes a casos previdenciários.

Enfim, a pretexto de equacionar o robusto passivo judicial, as cortes de uniformização do país, mormente a Turma Nacional de Uniformização, nos últimos anos, vêm promovendo, apressadamente, múltiplas afetações de matérias com o escopo de firmar a interpretação "ótima", imiscuindo-se claramente na função precípua do Legislativo.

Sem qualquer pretensão de exaurimento temático, este trabalho se propõe a veicular três fatores ocultos que alimentam a judicialização da previdência social.

A metodologia empregada neste artigo é qualitativa, baseada na análise de documentos, dados disponíveis em sítios de consulta pública e em bibliografia especializada.

1. A DESIGUALDADE DE ARMAS NORMATIVAS

A regra de que "não existe regra sem exceção" é a única regra livre de ressalvas. Regras são molduras, e molduras delimitam criações humanas necessariamente limitadas. Nenhuma moldura jamais será capaz de captar o universo de possibilidades do mundo real. Não importa o quão extraordinário seja o criador, a obra nada mais é senão uma construção que codifica um dado momento de concepção. E, quando se investe na criação de algo, deixa-se de investir na criação de outras coisas. Na ciência econômica, isso se chama de *trade-offs* (MANKIW, 2022).

Também não existem criações humanas aleatórias. Tudo o que é construído possui uma história, um porquê e acontece dentro de um contexto. Maturana e Varela referem-se a isso como ontogenia. Trata-se da história de mudanças estruturais de uma unidade, sem que ela perca a sua organização. É o resultado do somatório daquilo que se é com todas as interações experienciadas ao longo do tempo (2001).

As normas jurídicas são criações humanas que emolduram determinadas diretrizes em busca de estabilidade. Se assim é, as normas são, em essência, molduras guiadas por um escopo maior que, racionalmente ou não, delimitam o conjunto de possibilidades.

Não são raras as vezes em que os intérpretes se deparam com normas jurídicas autofágicas que engolem regramentos anteriores sem nenhuma ponderação de impacto quanto à aplicação. A enorme quantidade de normas jurídicas contribui para a irracionalidade crônica do ordenamento. No caso do Brasil, apenas a nível federal, existem mais de quatorze mil leis ordinárias. O resultado de tamanho descontrole legiferante é simples: nem mesmo um parlamentar *Hércules*, em alusão ao juiz imaginário de Dworkin (2002), seria capaz de conhecer detalhadamente o conteúdo de todo passivo legal. Cria-se então o direito do futuro sem nenhuma preocupação com os arquétipos do passado e muito menos com a garantia de uma transição legítima. Talvez essa impossibilidade seja uma das principais razões para subutilização da técnica da revogação expressa.

Não se trata apenas das dificuldades inerentes a um descontrolado ordenamento legal. Quando se analisa um dispositivo isoladamente, depara-se com um paradoxo interpretativo: ao mesmo tempo em que a leitura de um único preceito pode conduzir a variadas interpretações em razão de sua abertura semântica, a hermenêutica recomenda que nenhuma técnica de interpretação seja realizada isoladamente, sob pena de caracterizar uma leitura rasa do direito posto. O executor precisa olhar para os lados, para baixo e para cima. É exatamente aí onde a imprevisibilidade se agrava, e a estabilidade descamba para a loteria interpretativa.

Quando um grupo de juristas interpreta um dispositivo legal de moldura abstrata e imprecisa, dificilmente o resultado será unânime. Isso acontece porque a sociedade é complexa demais para ser regulada (sempre) por meio de códigos binários e preceitos fechados de incidência óbvia. Nesse sentido, Carlos Maximiliano (2003) salienta que o legislador apenas oferece preceitos abstratos e lineamentos exteriores da ordem jurídica, que precisam ser acomodados pelo intérprete ao caso concreto. Sob essa perspectiva, o intérprete funciona como uma espécie de renovador inteligente e cauto, que rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, integrando e complementando a lei escrita a partir da casuística.

Evidentemente, a imprecisão semântica do ordenamento legal não é (e nem pode ser) equacionada exclusivamente pelos juízes. Não é à toa que a Constituição da República, no art. 84, IV, atribuiu ao Presidente da República a competência para expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. O Decreto presidencial de execução pode ser considerado a primeira fonte normativa infralegal cujo propósito consiste em detalhar as diretrizes legais e estabelecer encaminhamentos concretos mais próximos da realidade. Além do Decreto, existem outras fontes administrativas de

regulamentação editadas pelos órgãos titulares da política pública. Essas competências normativas significam, ou deveriam significar, alguma coisa.

O problema é que, não obstante a Constituição delegue ao chefe do Poder Executivo, e o chefe do Poder Executivo, por sua vez, delegue às autoridades administrativas níveis de competência diversos para estabelecer direcionamentos mais específicos aos abertos e/ou imprecisos regramentos legais, o mesmo texto constitucional, no art. 37, impõe que a Administração Pública guarde plena devoção ao princípio da legalidade. Assim, sob a premissa de legalidade, qualquer cidadão pode alegar que determinado dispositivo regulamentar é ilegal sob o vago argumento de que ele (o regramento) extrapola os termos expressamente estabelecidos em lei. Com isso, um princípio que existe para garantir estabilidade social acaba conduzindo à instabilidade e fomentando a judicialização.

A alegação genérica de violação à legalidade é pobre e, de certa maneira, desleal. Ora, se um regulamento detalha determinados preceitos legais, é simplesmente impossível que o seu texto, em alguma medida, não diga coisas que não foram ditas pela lei, afinal os regulamentos executivos são, por motivos óbvios, mais detalhados do que as leis. Existe uma clara diferença entre as ideias de detalhamento (“dizer algo que não foi dito pela lei”) e de violação (“dizer algo contra a lei”). Um exemplo descontraído talvez ajude a compreender a diferença entre ambos. Ao perceber que alguns alunos jogaram futebol durante o horário da aula de português, a diretora da escola direcionou-os imediatamente para a biblioteca. Ao chegarem na biblioteca, o professor responsável obrigou que eles resolvessem um teste de interpretação de texto. Vê-se que a ordem do professor de “realizar o teste” não contraria a ordem (superior) da diretora de “ir para a biblioteca”. De outro giro, se o professor ordenasse que os alunos se dirigissem à quadra para um penoso treinamento físico, aí sim, haveria violação ao comando superior da diretora.

Nesse contexto, o que argumentam aqueles que invocam o princípio da legalidade para deflagrar ações contra o poder público? A resposta para essa pergunta depende dos interesses das pessoas envolvidas. Se as disposições regulamentares forem de encontro aos seus interesses, eles defenderão a ilegalidade do regulamento. Caso contrário, sustentarão o direito com base no próprio regulamento, mesmo quando haja dúvida sobre a legalidade de sua disposição. Em síntese: para os cidadãos apenas são legais (nos dois sentidos) os dispositivos regulamentares que garantem direitos. Poder-se-ia chamar essa estratégia de “técnica da interpretação por conveniência”.

A título de ilustração, cita-se o julgamento proferido nos autos do Tema 998 do STJ (REsp nº 1759098/RS), o qual consagrou a tese de que o “segurado que exerce atividades em condições especiais, quando em gozo de auxílio-doença, seja acidentário ou previdenciário, faz jus ao cômputo desse mesmo período como tempo de serviço especial”.

Segundo entendeu a Primeira Seção do STJ, o reconhecimento do período de gozo de auxílio-doença previdenciário, como tempo especial, seria consectário da exigência de tratamento simétrico entre os benefícios por incapacidade de origem acidentária e previdenciária. Em outras palavras: se o Decreto nº 3.048/99 reconhecia como

tempo especial o período de gozo do auxílio-doença acidentário, não haveria fundamento para não fazer o mesmo em relação ao auxílio-doença previdenciário⁴.

Percebe-se que o principal argumento veiculado pelo STJ não envolveu o aspecto substancial do direito propriamente dito, que poderia ser resumido neste questionamento: “afinal, o período de gozo de auxílio-doença deve ser computado como tempo especial?”

Na verdade, o fator decisivo do julgamento foi a percepção subjetiva do julgador apoiada numa parametrização normativa (“se um pode, o outro pode também”). Trata-se de uma argumentação despojada de fundamento material. Ao venerar a ideia de isonomia, o acórdão ignorou completamente os importantes resquícios históricos que garantem, até hoje, maior nível de proteção aos benefícios de origem acidentária. Exemplificando: diferentemente do beneficiário de auxílio-doença previdenciário, o beneficiário de auxílio-doença acidentário tem direito à estabilidade e aos depósitos do FGTS. Poderia, então, o Judiciário invocar o princípio constitucional da isonomia, declarar a inconstitucionalidade dos normativos legais e, com isso, obrigar o empregador a garantir esses direitos ao beneficiário auxílio-doença de natureza previdenciária?

Na verdade, a munição argumentativa daqueles que pedem em juízo não se limita a discussões infralegais. Há alguns anos, por exemplo, o Judiciário apreciou a possibilidade de beneficiários de aposentadoria renunciarem à prestação com o intuito de incorporarem tempo de contribuição posterior ao ato administrativo de concessão e obterem uma aposentadoria mais vantajosa (desaposentação). Argumentava-se, basicamente, uma suposta violação à ideia de contrapartida tributária (o pagamento da contribuição deveria reverter em favor do segurado) e a ausência de vedação legal expressa para a desaposentação. Vale dizer, apelou-se para a licitude (mesmo) em um campo de investigação movido à base da lei: “como a lei não vedava, o reconhecimento do direito se impunha⁵”. Para demandantes, apenas os fins importam. Os meios de atingi-los são circunstanciais.

Não obstante seja inegável a existência de regulamentos ilegais, é indispensável que os intérpretes racionalizem a aplicação de critérios que sejam capazes de identificar os exageros regulamentares. A possibilidade do administrado de invocar atos normativos infralegais e de manejar, ao seu modo (por pura conveniência), o princípio da legalidade viola o interesse público em suas acepções primária e secundária, afinal o interesse público, definitivamente, não pode ser considerado o somatório de interesses individuais.

⁴ Por ser oportuno, veja-se um excerto do acórdão proferido nos autos dos embargos de declaração do REsp nº 1759098/RS: “(...) 2. O acórdão é claro ao consignar que, prevendo o legislador o cômputo normal do afastamento decorrente do auxílio-doença acidentário como atividade especial, não há, sob nenhum aspecto, motivo para que o período em afastamento de auxílio-doença não acidentário também não seja computado, desde que, à data do afastamento, o Segurado estivesse exercendo atividade considerada especial. (...) 4. Assim, não se pode afirmar que o acórdão admite a contagem de tempo ficto ou que contraria a orientação do Supremo Tribunal Federal ao permitir o reconhecimento de atividade especial sem a efetiva exposição a agente nocivo, vez que o legislador já prevê tais condições quando reconhece devida a contagem do auxílio-doença acidentário como tempo de atividade especial”.

⁵ Essa questão foi resolvida em definitivo pelo STF nos autos do RE 661256 (Tema 503): “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação' ou à 'reaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”.

A disfunção hermenêutica se agrava quando se tem como referência duas poderosas heurísticas do processo de tomada de decisão: a dignidade da pessoa humana e a vedação de retrocesso social. Metaforicamente, esses princípios podem ser associados a um poderoso escudo que blinda o cidadão contra quaisquer preceitos que contrariem os seus interesses individuais.

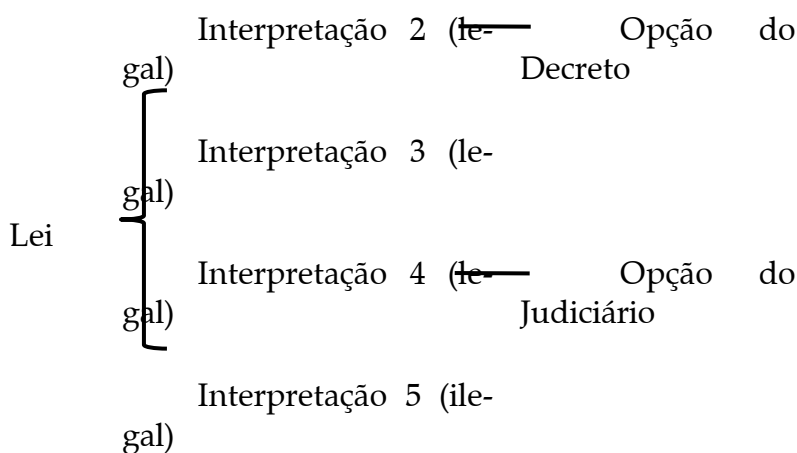
Aliás, na versão contemporânea do Direito brasileiro, a dignidade, uma das principais fontes do famigerado pan-principiológico (STRECK, 2012), existe em todos os ramos do Direito e possui destinações variadas, dependendo do contexto da controvérsia. Da dignidade humana resultam, *verbi gratia*, empreendimentos doutrinários e diretrizes interpretativas questionáveis. No âmbito dos direitos de proteção social, um bom exemplo de desdobramento da dignidade humana é o (suposto) princípio *in dubio pro misero*, segundo o qual, em caso de dúvida, garante-se o amparo público por meio de um benefício pecuniário. Ora, partindo do pressuposto de que o Direito é uma ciência de resultados imprecisos (não-causal), trata-se de uma construção absolutamente disparatada, que inverte qualquer tipo de prerrogativa da Administração Pública porventura assegurada pelo ordenamento jurídico.

Conquanto a *panaceia do digno* habite as querelas sociais em todos os âmbitos institucionais de discussão (administrativo, controladoria, judicial e legislativo), ela encontra maior aderência no processo judicial, pois lá não existem limites para a cognição dos juízes. Para eles, as leis não passam de sugestões, e sugestões podem ser acolhidas (com lastro na legalidade) ou não (com lastro na dignidade).

Considerando que, do ponto de vista cognitivo, a maioria das construções judiciais tem como ponto de partida o resultado da decisão (primeiro, decide-se; depois, fundamenta-se), a dignidade e os seus desdobramentos principiológicos funcionam como inegáveis heurísticas do discurso tópico, que desconsideram (ou simplesmente ignoram) as opções normativas dos poderes competentes, mesmo quando não há antijuridicidade. Não só isso. A dignidade também é a carta do baralho que cabe em quaisquer controvérsias deflagradas por pessoas em face do poder público. É o curinga da arte de argumentar.

Conforme já mencionado, de um preceito normativo, podem-se extrair variadas hipóteses de interpretação. Ao cumprir seu mister constitucional, o Presidente da República edita um decreto para a fiel execução das leis e define a interpretação a ser aplicada pelos órgãos de execução da política pública. Essa competência decorre do texto constitucional e precisa ser respeitada pelo Judiciário, a não ser, é claro, que a opção regulamentar viole frontalmente a lei e a Constituição. E, quando se fala em violação frontal, deve-se entender uma modalidade explícita de descumprimento, e não um detalhamento que, apesar de compatível com a lei, não possui a simpatia do Judiciário (por não ser considerada a melhor interpretação dentre as possíveis).

Interpretação 1 (legal)



No esquema acima, vê-se que a moldura legal, em tese, suporta cinco possíveis caminhos interpretativos, sendo que apenas a “Interpretação 5” é manifestamente ilegal. Vale dizer, há quatro possíveis rumos interpretativos que guardam conformidade com a lei. Ao editar o decreto de execução, o Presidente da República optou pela “Interpretação 2”. Ainda assim, num *determinado* processo, um *determinado* juiz, por reputar a “Interpretação 3” (mais favorável) a opção ideal, ignorou completamente a escolha do Executivo e estabeleceu um tratamento diferenciado para o autor da demanda. Em *outros* autos, ao julgar demanda similar, *outro* juiz entendeu que a “Interpretação 4”, ainda mais favorável, era a mais adequada. Enquanto os cidadãos comuns, distantes do Judiciário, ficam sujeitos à “Interpretação 2”, os postulantes judiciais acabam conquistando a incidência de comandos mais benéficos. A armadilha é que, ao valer-se de princípios abstratos, o Judiciário confere um tratamento díspar e anti-isonômico. Em síntese: digno (ou não), mas certamente desigual.

Para compreender a lógica dessa ressalva, pode-se invocar a teoria econômica do segundo melhor (*second best*). Em economia, se a eficiência perfeita (*first best*) for inviável, admite-se que o segundo melhor resultado (*second best*) implique a veiculação de medidas estranhas ao imaginado cenário perfeito. Assim, se a conjuntura desfavorece escolhas voltadas à solução quimérica, é razoável exigir do Estado outras práticas, ainda que elas se afastem dos pressupostos idealizados prioritariamente (LEITÃO, 2019, *online*).

Pois bem, não amiúde, ao julgar um processo, o juiz procura entregar a solução (por ele considerada) ideal, sem qualquer preocupação a respeito do que está acontecendo ou do que vai acontecer “fora dos autos”. O problema é que, metaforicamente, os processos são túneis, e, ainda que os magistrados tivessem lanternas, eles jamais conseguiriam ter uma visão panorâmica do mundo social. Não raras vezes, é preciso ter em mente que a solução ótima num caso, não seria ótima se fosse aplicada a todos os casos idênticos. Decisões garantem direitos, e direitos custam dinheiro. Não se trata de subjugar o direito à economia, de priorizar o dinheiro em detrimento da dignidade e nem de sacralizar o discurso vago de reserva do possível (conquanto a essência da teoria da aproximação seja verossímil). Trata-se simplesmente de defender que uma decisão judicial ótima para um único caso, muito provavelmente, não seria um regramento normativo ótimo para todos os casos.

Some-se a isso a prerrogativa de “pedir tudo sem o risco de perder nada”. O acesso gracioso ao Judiciário (para as pessoas que litigam com justiça gratuita e para quem demanda junto ao juizado especial federal) é um extraordinário facilitador da judicialização. A inexistência de “risco de condenação por tentativa infundada” leva as pessoas a empreenderem aventuras processuais. Enquanto algumas tentativas encontram-se numa área cinzenta (ausência de certeza sobre o êxito da pretensão), outras, absolutamente infundadas, são conduzidas por meio de uma sequência de artifícios e mentiras. No grupo dos autores desleais, alguns trapaceariam de qualquer jeito, mas outros somente fazem isso porque a probabilidade de serem punidos pelo ilícito varia entre zero e quase zero (LEITÃO, 2020).

Os custos de peticionamento e de contratação de advogado também são variáveis importantes. Quanto mais baratos forem os serviços jurídicos, maior a possibilidade de instauração de uma demanda. Se o mercado da advocacia impusesse como regra geral a antecipação de algum dinheiro a título de honorários advocatícios contratuais, muitas pessoas não trocariam a perda certa (antecipação dos honorários) pela possibilidade de êxito (procedência judicial do pedido). Trata-se de um corolário do viés comportamental da aversão à perda. Mas não é o caso. Na área da proteção social, sobretudo da previdência social, há boa chance de o contrato de honorários estabelecer um percentual sobre as parcelas atrasadas como contrapartida pelo serviço jurídico – contrato de honorários *ad exitum* (LEITÃO, 2020).

Seja como for, entre a interpretação por conveniência, a panaceia do digno e o custo zero da deflagração judicial, o fato é que existe uma enorme disparidade de armas entre o cidadão que pede e o órgão que defende os interesses da sociedade. Na arena judicial, enquanto a Administração Pública somente pode invocar em sua defesa a rígida estrutura normativa, os demandantes possuem a flexibilidade de veicular quaisquer argumentos que fundamentem os seus próprios interesses (legalidade estrita, vinculação de normativos infralegais, dignidade, licitude, vedação de retrocesso etc.). Para os demandantes, o processo é um jogo em que “vale tudo”.

2. O MICROSCOPISMO INTERPRETATIVO E O DILEMA DA NORMATIZAÇÃO

Não bastassem todas as dificuldades que descambam para uma inegável desigualdade de armas normativas entre o cidadão e o poder público, o direito que se discute em juízo está ficando cada vez mais circunstanciado, oportunista e microscópico, o que dificulta bastante a normatização da matéria e a sua respectiva defesa em juízo.

Com efeito, no âmbito das demandas previdenciárias, as temáticas que são levadas ao Poder Judiciário não mais se limitam a discutir erros de execução do INSS, do tipo que negam um benefício que deveria ter sido concedido. Discutem-se também supostos (e controversos) erros técnicos de interpretação e normatização, os quais são invisíveis aos olhos dos beneficiários. Não são raros os casos em que pessoas com elevado nível de instrução obtêm êxito em ações judiciais de vultosa repercussão financeira sem sequer entenderem o que de fato estava em pauta na discussão.

Se os potenciais titulares do direito supostamente desconhecem a origem das supostas violações, como então as ações são ajuizadas? Em sociedades não litigiosas, o

processo se presta a resolver conflitos reais. Não é o caso do Brasil, onde se litiga sem risco de contra-ataque (em virtude da gratuidade). Há aqui a ambiência ideal para a criação de conflitos artificiais com fundamento em detalhes técnicos interpretativos e/ou normativos extremamente controversos. Com isso, quer-se dizer que, no Brasil, milhões de lides são fabricadas por uma portentosa "indústria de judicialização".

Esse modelo é disfuncional, pois desvirtua a lógica do conflito, que pressupõe a constatação da lesão pelo próprio sujeito violado. Numa sociedade não litigiosa, quando uma pessoa constata a lesão a um direito, ela procura a orientação jurídica de um advogado, que investiga a viabilidade jurídica da demanda. Já numa sociedade litigiosa, noticia-se uma possível violação microscópica por meio de canais fechados e abertos de comunicação. Existe, pois, uma clara inversão do fluxo litigioso⁶.

Os canais fechados de comunicação consistem em comunidades jurídicas especializadas que transmitem periodicamente informações e ferramentas para advogados da área em troca de aportes anuais pagos a título de associação (assinantes da plataforma). Cuidam-se, pois, de centrais de inteligência de abrangência nacional que, a pretexto de se apresentarem como associações científicas (supostamente) isentas, atuam de modo manifestamente parcial, criando engenhosas lides circunstanciadas e sem nenhuma preocupação com as contas públicas. Também atuam junto aos tribunais superiores como *amicus curiae* em julgamentos repetitivos na qualidade de "entidades científicas imparciais".

De outro giro, os canais abertos universalizam o acesso a notícias sobre demandas com ampla repercussão subjetiva. Quando um aposentado lê, por exemplo, a manchete "aposentados têm direito à revisão dos seus benefícios", ele procura um advogado especializado para avaliar a probabilidade êxito, o custo do ingresso e o tempo necessário para a resposta final do Judiciário, mesmo quando não faz a menor ideia sobre o fundamento da pretensão. Aliás, muitas vezes, o aposentado sequer precisa acessar os veículos midiáticos tradicionais para ter ciência sobre as últimas teses previdenciárias revisionais, pois as informações, misteriosamente, chegam em correspondências emitidas por profissionais abutres.

Normalmente, os produtores da informação, amparados no Provimento n. 205/2021 do Conselho Federal da OAB, valem-se das redes sociais (sobretudo, Instagram, YouTube e Facebook) como ferramentas de marketing jurídico para propalarem o conteúdo e atraírem uma quantidade cada vez maior de espectadores e de potenciais clientes. Quando o propagador da informação fala uma linguagem que os destinatários querem ouvir, o crescimento exponencial do número de seguidores é uma questão de tempo. Se a (suposta) violação é microscópica, a divulgação é (enormemente) macroscópica.

⁶ Há vários fatores que contribuem para a "fabricação" das demandas. Um deles tem a ver com a forma como as supostas ofensas são propaladas na comunidade jurídica. Com efeito, o surgimento de uma cascata informacional (SUNSTEIN, 2010) com potencial multiplicador dispara redes aleatórias de informação para todos os lados. O resultado é simples: não demora muito até que uma notícia divulgada na rede social de um influenciador digital da área jurídica chegue até a mídia tradicional (jornais e redes de televisão).

Além disso, não são apenas os particulares os vetores dos *furios jurídicos* da previdência social. Ultimamente, o Poder Judiciário e os seus membros vêm divulgando artigos científicos e o resultado das decisões judiciais por meio de seus sítios eletrônicos e de seus perfis institucionais/pessoais nas redes sociais. O problema é que, frequentemente, o número de postagens contrárias ao INSS supera em muito a quantidade de postagens contrárias aos interesses dos cidadãos. Ora, esse tipo de publicidade depõe contra o discurso de “desjudicialização” tão veementemente defendido pelo próprio Judiciário. A “desjudicialização” não deveria se resumir apenas à internalização dos precedentes pela Administração Pública. Deveria, isto sim, estar lastreada no diálogo interinstitucional cooperativo. A desjudicialização não pode ser imposta; ela precisa ser construída mediante a participação de todos os *players*.

Note-se que, nem sempre, o conteúdo noticiado em rede diz respeito a controvérsias ambientadas em processos judiciais. Aproveitam-se também de fissuras indesejadas do sistema normativo, apresentadas ao público como medidas de “planejamento previdenciário”, que podem inclusive resultar em benefícios com valores que destoam do esforço contributivo do segurado. Como exemplo, cita-se a tese do “milagre da contribuição única”, que conta com diversos vídeos explicativos nas redes sociais e possibilita(va) que um segurado aufera/auferisse um benefício de aproximadamente quatro mil reais, mesmo quando seu histórico de remunerações sempre fora de um salário-mínimo⁷.

Aliás, o “milagre da contribuição única” sinalizava um cenário incontestável de tragédia dos comuns. Segundo Garret Hardin (1968), quando indivíduos agem racionalmente de acordo com os seus próprios interesses, buscando obter benefícios independentes, acabam se comportando de maneira contrária aos interesses da sociedade. Ora, partindo do pressuposto de que o fundo previdenciário necessariamente possui um orçamento limitado, quaisquer elevações artificiais desprovidas de lastro contributivo comprometem o equilíbrio financeiro e atuarial das contas previdenciárias e levam à necessidade de reequacionar as fontes de receita, mediante majoração da carga tributária. Não há como escapar da conclusão de que alguém pagará a conta. E, como o Estado não produz riqueza, certamente quaisquer despesas imprevistas serão financiadas por todos os contribuintes da seguridade social.

Diante de tal microscopismo interpretativo, causado em boa medida pelo elevado grau de expertise dos institutos especializados, a Administração Pública se vê diante de um dilema: regradar ou não regradar, eis a questão? Enquanto a ausência de detalhamento normativo conduz à insegurança no exercício da atividade administrativa (em virtude da abertura semântica das disposições legais), o detalhamento normativo é um dos mais notáveis chamarizes do demandismo predatório endêmico.

⁷ Essa ranhura do sistema previdenciário foi equacionada pela Lei nº 14.441, de 4 de maio de 2022, incluiu o art. 135-A na Lei nº 8.213/91 e restabeleceu a exigência do divisor mínimo. Veja-se: “Art. 135-A. Para o segurado filiado à Previdência Social até julho de 1994, no cálculo do salário de benefício das aposentadorias, exceto a aposentadoria por incapacidade permanente, o divisor considerado no cálculo da média dos salários de contribuição não poderá ser inferior a 108 (cento e oito) meses”.

Adaptando, despretensiosamente, os cenários de regulamentação administrativa à matriz da teoria dos jogos e indicando as estratégias com os seus respectivos *payoffs*⁸ (PORTO; GAROUPA, 2022) chega-se a seguinte tabela de ganhos:

		Demandante			
		Invocar a regra (ou a falta de regra)		Impugnar a regra (ou a falta de regra)	
Poder Executivo	Re- grar	Ótimo	Ótimo	Ruim	Bom
	Não regrar	Muito ruim	Bom	Muito ruim	Bom

A partir da representação, visualizam-se todos os possíveis desdobramentos de cada combinação de estratégias adotadas pelos jogadores (Poder Executivo x Demandante).

Primeiro cenário	
Se o Executivo detalhar o disposto na lei por meio de Regulamento (regrar), e o demandante invocar a aplicação do Regulamento	
Para a Administração	Para o demandante
Ótimo (“vai dar certo”)	Ótimo (“vai dar certo”)
<p>O detalhamento normativo, por meio do Decreto, é fundamental para a execução da política pública. Ao confirmar a incidência do Regulamento num dado processo, o Judiciário ratifica a legalidade do dispositivo regulamentar (segurança jurídica).</p> <p>Nesse caso, provavelmente, o ajuizamento da ação decorreu de erro de aplicação do servidor administrativo.</p>	<p>Se o Regulamento indicar a interpretação mais favorável, o demandante invocará o princípio da legalidade para defender a (inescapável) incidência do dispositivo regulamentar (segurança jurídica).</p> <p>Para o demandante, trata-se de um cenário ótimo revestido de certeza (“vai dar certo”).</p>

⁸ Os *payoffs* representam os possíveis ganhos ou prejuízos decorrentes das estratégias.

Para a Administração, trata-se de um cenário ótimo revestido de certeza (“vai dar certo”) ⁹ .	
--	--

Segundo cenário	
Se o Executivo detalhar o disposto na lei por meio de Regulamento (regrar), e o demandante impugnar a aplicação do Regulamento	
Para a Administração	Para o demandante
Ruim (“pode dar errado” ¹⁰)	Bom (“pode dar certo”)
<p>O detalhamento normativo, por meio do Decreto, lastreou a impugnação judicial, que poderá resultar na declaração de ilegalidade do dispositivo regulamentar (insegurança jurídica).</p> <p>Se a demanda for julgada procedente, há também o risco de embaraços operacionais por ocasião do cumprimento da ordem judicial (caso o sistema utilizado pelo INSS não disponha de um comando específico para cumprir a ordem judicial).</p> <p>Para a Administração, trata-se de um cenário ruim revestido de incerteza (“pode dar errado”), afinal o Judiciário pode declarar a ilegalidade do Decreto.</p>	<p>Se o Regulamento indicar uma interpretação menos favorável para o demandante, ele invocará o princípio da legalidade para defender a ilegalidade do dispositivo regulamentar (“o regulamento é ilegal, por ter previsto uma exigência não indicada na lei”).</p> <p>Para o demandante, trata-se de um cenário bom revestido de incerteza (“pode dar certo”).</p>

Terceiro e quarto cenários

⁹ Conforme será salientado adiante, a ratificação judicial da opção regulamentar implicará no engessamento do entendimento administrativo.

¹⁰ Conquanto as sentenças “pode dar errado” e “pode dar certo”, em essência, possuam a mesma conclusão, apela-se para o *efeito framing* para sinalizar diferenças de abordagem. O *efeito framing* significa que a escolha é influenciada de acordo com a forma como o problema é expresso ou, como salientado por Kahneman, modos diferentes de apresentar a mesma informação frequentemente evocam diferentes emoções (2012).

Se o Executivo não detalhar o disposto na lei, e o demandante invocar a ideia de licitude.	
Para a Administração	Para o demandante
Muito ruim (“vai dar errado”)	Muito ruim (“pode dar certo”)
<p>A falta de detalhamento normativo (por meio do Decreto), além de gerar insegurança jurídica no âmbito da atividade administrativa, pode descambar para variadas hipóteses interpretativas pelo Poder Judiciário (insegurança jurídica nas esferas administrativa e judicial).</p> <p>Para a Administração, trata-se de um cenário muito ruim completamente revestido de incerteza (“vai dar errado”).</p>	<p>Diante da abertura semântica da lei e da ausência de detalhamento pelo Decreto, o demandante utilizará o argumento da licitude (ausência de proibição expressa) para defender seus interesses.</p> <p>Para o demandante, trata-se de um cenário bom revestido de incerteza (“pode dar certo”).</p>

Da análise da matriz do jogo, inferem-se duas conclusões fundamentais: (i) sob a perspectiva do demandante, independentemente da estratégia utilizada pelo Poder Executivo (regrar ou não regrar), sempre haverá munção para ele provocar o Judiciário (invocar o próprio Regulamento, argumentar a violação à lei, alegar a ausência de proibição à lei, empregar a técnica da analogia etc.); (ii) sob a perspectiva da Administração Pública, independentemente de sua estratégia (regrar ou não regrar), ela sempre estará vulnerável aos ataques judiciais dos cidadãos. Em síntese: um jogo de ataque contra defesa.

3. A A NORMATIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Acredita-se que a sistemática de julgamentos repetitivos contribuiu sobremaneira para a desvirtuação do acesso à justiça. Com efeito, a partir do momento em que se institucionalizou a potência jurídica dos precedentes qualificados, todas as controvérsias sobre interpretação e subsistência normativa passaram a ser levadas ao Poder Judiciário. Aliás, a inércia, ínsita da atividade jurisdicional, também foi fortemente violada, dada a possibilidade de os limites cognitivos serem ampliados por iniciativa do próprio órgão de julgamento.

Essa metamorfose processual, inicialmente instituída com o propósito de garantir uniformidade de tratamento judicial, engendrou uma espécie de microscopismo interpretativo (já analisado), que municiou fortemente os deflagradores judiciais. De uma hora para outra, as lides previdenciárias, que antes discutiam basicamente erros de execução, passaram a questionar as opções interpretativas da Administração e até mesmo a constitucionalidade de leis e emendas constitucionais. Evidentemente, não se defende que o sistema de normas não esteja imune a problemas. O que se critica é a tentativa dos deflagradores de emplacar teses polêmicas construídas sob medida, que

atacam dispositivos desfavoráveis e reverenciam preceitos convenientes (interpretação por conveniência).

A ampliação descontrolada das temáticas submetidas à validação judicial vem escancarando os excessos judiciais. As chamadas teses de julgamento, firmadas a partir da instauração de recursos representativos de controvérsia, simplificaram o procedimento de solução definitiva das controvérsias no âmbito das cortes jurisdicionais e passaram a caracterizar preceitos abstratos de aplicação (quase) obrigatória, inclusive no âmbito da Administração Pública (por meio da internalização administrativa de precedentes).

Os tribunais deixaram, então, de definir as teses de julgamento dentro dos limites fático-jurídicos dos *leading cases*, ampliando as balizas cognitivas do julgamento mediante acréscimo de temas conexos potencialmente controversos a pretexto de prevenir litígios futuros. Assim, atualmente, no Brasil, as cortes de uniformização pré-julgam demandas futuras, algo que viola o princípio da inércia, ínsito à atividade jurisdicional. Além disso, há um detalhe importante: pré-julgar possíveis litígios futuros praticamente é a mesma coisa de legislar.

Apenas para se ter a noção do "produtivismo judicial", considerando apenas os anos de 2019 e 2022, a TNU afetou 107 (cento e sete) processos como representativos de controvérsia. Esse é um dado que realmente chama a atenção e que precisa ser analisado.

Em primeiro lugar, deve-se ponderar uma dificuldade orgânica relevante no âmbito da TNU: a enorme rotatividade dos membros. Compõem a Turma Nacional dez juízes federais provenientes das turmas recursais dos juizados, sendo dois juízes federais de cada Região, com mandato de dois anos, vedada a recondução. Isso significa que a composição da corte é substancialmente modificada todos os anos. A consequência dessa rotatividade é evidente: não há tempo hábil para a consolidação de um entendimento seguro. O órgão de uniformização do direito no âmbito dos juizados especiais federais simplesmente não consegue uniformizar a sua própria jurisprudência. Inclusive, no IX FONAJEF, alguns magistrados, sensíveis ao problema da rotatividade na TNU, apresentaram uma proposta de ampliação do mandato dos juízes da corte para três anos, de modo que a renovação dos componentes se desse à razão de um terço por ano. A proposta acabou sendo rejeitada, mas é uma sinalização clara de que os próprios magistrados, em alguma medida, reconhecem que a instabilidade orgânica é um problema.

Além do mais, nos últimos tempos, a TNU vem afetando matérias sem histórico de amadurecimento e consolidação jurisprudencial, o que acaba sendo agravado diante de sua instabilidade orgânica (rotatividade dos membros). Em algumas situações, o que se faz é ainda pior, pois o julgamento do representativo implica ruptura jurisprudencial, com pronunciamento divergente de decisões anteriores da própria corte.

A controvérsia referente ao Tema 245 é um exemplo disso (PEDILEF 0008405-41.2016.4.01.3802/MG). Nesses autos, discutiu-se se o "se o benefício previdenciário, concedido irregularmente àquele que havia perdido a qualidade de segurado, gera, em nome da manutenção da justa expectativa, direito à manutenção da qualidade de

segurado durante o período em que ele foi mantido ativo." Ao final do julgamento, por maioria de votos (6x4), prevaleceu o voto do Juiz Federal Fábio Souza no sentido de que a invalidação do ato de concessão de benefício previdenciário não impede a aplicação do art. 15, I da Lei 8.213/91 ao segurado de boa-fé (processo julgado em junho de 2020).

O detalhe é que o voto condutor não citou uma única decisão que corroborasse a sua conclusão. Na verdade, até então, a TNU possuía precedentes contrários à tese vencedora. Nos autos do 50108301120124047003 (julgado em agosto de 2017), por exemplo, a TNU concluiu que a anulação do ato administrativo desfaz todas as relações constituídas, apagando definitivamente a existência dos efeitos jurídicos passados. Ora, se considerarmos a existência de precedentes contrários à tese, a inexistência de precedentes favoráveis à tese vencedora e a enorme mobilidade orgânica da TNU, chega-se à inevitável conclusão de que a afetação foi extremamente precipitada.

Na decisão de afetação do Tema 245, o juiz relator sustentou a existência de divergência jurisprudencial e a multiplicidade de processos sobre a mesma controvérsia, o que, segundo argumentou, autorizava a afetação, nos termos do art. 17 do Regimento Interno da TNU. Porém, em nenhum momento, houve a indicação dos processos que tratavam sobre a mesma matéria.

O art. 16 do Regimento Interno da TNU, por sua vez, dispõe que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, a Turma Nacional de Uniformização poderá afetar dois ou mais pedidos de uniformização de interpretação de lei federal como recurso representativo de controvérsia. A propósito, esse dispositivo regimental possui praticamente a mesma redação do art. 1.036 do CPC, senão vejamos:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso.

A exigência de "multiplicidade de recursos" claramente não se refere ao(s) paradigma(s) invocado(s) como pressuposto de admissão do pedido de uniformização. O §1º do art. 12 do Regimento Interno da TNU refere-se ao paradigma como "decisão proferida por turma recursal ou regional vinculadas a outro Tribunal Regional Federal". A "multiplicidade de recursos", na verdade, significa a existência de vários pedidos de uniformização (pendentes de julgamento) que discutem a mesma *quaestio*. De outro

giro, a exigência de afetação de "dois ou mais pedidos" diz respeito aos *leading cases* selecionados para julgamento (causas-piloto).

Pois bem, no caso específico do Tema 245, nada disso foi observado. Não se demonstrou a efetiva repetição da controvérsia. Não se demonstrou a multiplicidade de recursos. Não houve a afetação de dois ou mais pedidos de uniformização (provavelmente porque não existiam dois recursos discutindo a mesma temática). O que se percebe é que, em algumas situações, a TNU desconsidera o seu próprio Regimento Interno, com o escopo de antecipar a resolução de potenciais controvérsias. Considerando o efeito "relativamente vinculante" dos representativos de controvérsia, não seria um devaneio reconhecer que a corte de cúpula dos juizados especiais federais vem legislando para juízes.

Deve-se ter em mente que a competência institucional do Judiciário é julgar supostas violações aos direitos à luz do ordenamento jurídico pátrio, apresentadas por meio de uma abordagem processual dialógica, e não antecipar soluções às (possíveis) violações, predizendo a interpretação correta de uma matéria que sequer tenha sido arguida pelos *players*. Essa sistemática de pré-julgamento cria um poderoso incentivo para uma interferência antidemocrática.

Nesse sentido, no atual cenário jurídico, as teses de julgamento podem ser consideradas preceitos normativos revestidos de uma poderosa blindagem, afinal quem controla os controladores (*"who watches the watchmen?"*). Leis e atos normativos da Administração podem ser descartados e substituídos por outros criados pelo próprio Judiciário.

Outra controvérsia emblemática envolve a aferição da eficácia de equipamento de proteção individual em pedidos de aposentadoria especial. Administrativamente, conforme disposto no art. 291 da Instrução Normativa nº 128, de 2022, somente será considerada a adoção de equipamento de proteção individual - EPI em demonstrações ambientais emitidas a partir de 3 de dezembro de 1998, data da publicação da Medida Provisória nº 1.729, convertida na Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, e desde que comprovadamente elimine ou neutralize a nocividade e seja respeitado o disposto na NR-06 do MTE, havendo ainda necessidade de que seja assegurada e devidamente registrada pela empresa, no PPP, a observância: I - da hierarquia estabelecida na legislação trabalhista, ou seja, medidas de proteção coletiva, medidas de caráter administrativo ou de organização do trabalho e utilização de EPI, nesta ordem, admitindo-se a utilização de EPI somente em situações de inviabilidade técnica, insuficiência ou provisoriamente até a implementação do EPC ou, ainda, em caráter complementar ou emergencial; II - das condições de funcionamento e do uso ininterrupto do EPI ao longo do tempo, conforme especificação técnica do fabricante, ajustada às condições de campo; III - do prazo de validade, conforme Certificado de Aprovação do Ministério do Trabalho e Previdência ou do órgão que venha sucedê-la; IV - da periodicidade de troca definida pelos programas ambientais, comprovada mediante recibo assinado pelo usuário em época própria; e V - da higienização.

De outro lado, quando do julgamento do PEDILEF 0004439-44.2010.4.03.6318/SP (Tema 213), em que se discutia os critérios de aferição da eficácia do equipamento de

proteção individual (EPI) na análise do direito à aposentadoria especial ou à conversão de tempo especial em comum, a Turma Nacional de Uniformização consolidou as seguintes teses:

I - A informação no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) sobre a existência de equipamento de proteção individual (EPI) eficaz pode ser fundamentadamente desafiada pelo segurado perante a Justiça Federal, desde que exista impugnação específica do formulário na causa de pedir, onde tenham sido motivadamente alegados: (i.) a ausência de adequação ao risco da atividade; (ii.) a inexistência ou irregularidade do certificado de conformidade; (iii.) o descumprimento das normas de manutenção, substituição e higienização; (iv.) a ausência ou insuficiência de orientação e treinamento sobre o uso o uso adequado, guarda e conservação; ou (v.) qualquer outro motivo capaz de conduzir à conclusão da ineficácia do EPI. II - Considerando que o Equipamento de Proteção Individual (EPI) apenas obsta a concessão do reconhecimento do trabalho em condições especiais quando for realmente capaz de neutralizar o agente nocivo, havendo divergência real ou dúvida razoável sobre a sua real eficácia, provocadas por impugnação fundamentada e consistente do segurado, o período trabalhado deverá ser reconhecido como especial.

A complexidade da tese de julgamento exigiu que a TNU estabelecesse cinco extensos pressupostos para a descaracterização da presunção de veracidade do perfil profissiográfico previdenciário (PPP), no que toca especificamente à eficácia do equipamento de proteção individual (EPI). O enunciado reveste-se nitidamente de "roupagem normativa", tanto que poderia ser facilmente confundido com um dispositivo regulamentar.

Instrução Normativa do INSS	Teste da TNU em formato de artigo de uma norma
<p>Art. 291. Somente será considerada a adoção de Equipamento de Proteção Individual - EPI em demonstrações ambientais emitidas a partir de 3 de dezembro de 1998, data da publicação da Medida Provisória nº 1.729, convertida na Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, e desde que comprovadamente elimine ou neutralize a nocividade e seja respeitado o disposto na NR-06 do MTE, havendo ainda necessidade de que seja assegurada e devidamente registrada pela empresa, no PPP, a observância:</p>	<p>Art. X. A informação no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) sobre a existência de equipamento de proteção individual (EPI) eficaz pode ser fundamentadamente desafiada pelo segurado perante a Justiça Federal, desde que exista impugnação específica do formulário na causa de pedir, onde tenham sido motivadamente alegados:</p> <p>I - a ausência de adequação ao risco da atividade;</p> <p>II - a inexistência ou irregularidade do certificado de conformidade;</p>

<p>I - da hierarquia estabelecida na legislação trabalhista, ou seja, medidas de proteção coletiva, medidas de caráter administrativo ou de organização do trabalho e utilização de EPI, nesta ordem, admitindo-se a utilização de EPI somente em situações de inviabilidade técnica, insuficiência ou provisoriamente até a implementação do EPC ou, ainda, em caráter complementar ou emergencial;</p> <p>II - das condições de funcionamento e do uso ininterrupto do EPI ao longo do tempo, conforme especificação técnica do fabricante, ajustada às condições de campo;</p> <p>III - do prazo de validade, conforme Certificado de Aprovação do Ministério do Trabalho e Previdência ou do órgão que venha sucedê-la;</p> <p>IV - da periodicidade de troca definida pelos programas ambientais, comprovada mediante recibo assinado pelo usuário em época própria; e</p> <p>V - da higienização.</p>	<p>III - o descumprimento das normas de manutenção, substituição e higienização;</p> <p>IV - a ausência ou insuficiência de orientação e treinamento sobre o uso o uso adequado, guarda e conservação; ou</p> <p>V - qualquer outro motivo capaz de conduzir à conclusão da ineficácia do EPI.</p> <p>Parágrafo único. Considerando que o Equipamento de Proteção Individual (EPI) apenas obsta a concessão do reconhecimento do trabalho em condições especiais quando for realmente capaz de neutralizar o agente nocivo, havendo divergência real ou dúvida razoável sobre a sua real eficácia, provocadas por impugnação fundamentada e consistente do segurado, o período trabalhado deverá ser reconhecido como especial.</p> <p>*Riscou-se “perante a Justiça Federal” para demonstrar o grau de similaridade da(s) tese(s) com um dispositivo normativo.</p>
---	--

Nenhuma tese de julgamento deveria ter formato propositivo-descritivo e foco em incidência prospectiva. Note-se que, antes do uso (e abuso) do instrumental de precedentes qualificados, a uniformização da jurisprudência normalmente era certificada por meio de verbetes simples, diretos e resolutivos (as "abolidas" súmulas).

Além de tudo isso, os pré-julgamentos, sobretudo aqueles construídos de maneira precipitada, também engessam os intérpretes e impedem a evolução dos conceitos jurídicos nos âmbitos administrativo e judicial. Imagine-se, por exemplo, a situação em que a TNU, em sede de recurso representativo de controvérsia, por maioria de votos (6x5) rechaça um dispositivo normativo recém-editado.

O fato é que, não obstante a uniformização da jurisprudência seja extremamente importante para promover racionalidade, previsibilidade e segurança aos atos judiciais, a sua utilização excessiva, mormente quando intencionada para o futuro, provoca fissuras relevantes no sistema jurídico como um todo. Juízes “apenas” deveriam julgar as controvérsias entre as partes, e não normatizar preceitos de incidência abstratas. Juízes não são legisladores.

CONCLUSÕES

Esta pesquisa objetivou demonstrar três dificuldades inerentes à judicialização da previdência social que costumam ser ignoradas.

A primeira decorre da desigualdade de armas entre as partes do processo judicial previdenciário no que toca à fundamentação de seus pleitos. Enquanto o INSS encontra-se adstrito às leis e às normas regulamentares (em virtude do caráter multifacetado da legalidade), os autores apoiam-se em qualquer dispositivo normativo que porventura lhes seja benéfico. Se um dispositivo do Regulamento da Previdência Social (ou mesmo da Instrução Normativa do INSS) viabilizar a possibilidade de conduzir a procedência do pedido, ainda que a sua legalidade seja questionável, certamente, ele será invocado pela parte autora sob o pretexto de que "o Judiciário não pode negar algo que a própria Administração reconhece como direito". De outro giro, quando a norma regulamentadora estabelece orientações (contrárias ao interesse da parte autora) que não estejam expressas na lei em sentido estrito, argumenta-se que os atos infralegais violam o princípio da legalidade. Em síntese: só valem os atos infralegais que sejam favoráveis aos interesses das partes (técnica da interpretação por conveniência).

Não bastasse o desequilíbrio referente às fontes normativas, os autores dos processos previdenciários ainda ostentam um *joker argumentativo* poderoso: a dignidade da pessoa humana, pilar de tantas construções doutrinárias que blindam os protegidos contra os (*supostos*) retrocessos sociais (*supostamente*) perpetrados pela Administração, pelo legislador e até pelo constituinte derivado. A percepção do que é retrocesso segue padrões exageradamente subjetivos e descamba para a loteria judicial.

A segunda dificuldade é um desdobramento da primeira. Diante do elevado grau de abertura semântica de variadas disposições legais, para evitar a aplicação díspar do direito, a Administração Pública precisa detalhar conteúdos e uniformizar a interpretação que considera adequada por meio de regulamentos, portarias e instruções normativas.

O problema é que, nos últimos tempos, o detalhamento interpretativo vem sendo bastante explorado pela advocacia previdenciária. Com efeito, enquanto os processos de outrora discutiam erros de execução da autarquia, do tipo que negam benefícios que deveriam ter sido concedidos, hoje, milhões de processos discutem questões microscópicas que sequer são compreendidas pelos autores do processo.

A incompreensão do principal interessado deixou de ser um empecilho para a deflagração das demandas. Além da mídia tradicional, advogados, associações e até o Judiciário expõem em suas redes sociais notícias sobre engenhosas e controversas teses contra a previdência social. Com isso, inverteu-se a lógica do fluxo litigioso: "se o cliente não vai ao advogado, o advogado vai ao cliente". Num país em que litigar não custa nada para os cidadãos em virtude da gratuidade judicial e da cláusula contratual *ad exitum*, o ajuizamento de novas ações torna-se algo absolutamente previsível e inevitável.

A terceira dificuldade também é um desdobramento das outras. Para conter o aumento do passivo judicial, racionalizar a jurisprudência e forçar a internalização administrativa da interpretação judicial, os tribunais pátrios começaram a valer-se da técnica

do precedente qualificado (expressamente incorporada no Código de Processo Civil de 2015).

Porém, o que se percebe é que as cortes de uniformização, sobretudo a Turma Nacional de Uniformização dos juizados especiais federais, vêm afetando e julgando diversas matérias de maneira precipitada. Essa ambiência possibilita a conclusão de que o verdadeiro propósito de várias das últimas afetações não foi pacificar uma jurisprudência controversa, garantindo estabilidade ao que era instável. O objetivo era, isto sim, pré-julgar litígios (futuros). Essa dedução é ratificada pela atual estrutura das teses de julgamentos. Os textos sucintos das súmulas de outrora foram substituídos por redações complexas que mais parecem dispositivos extraídos de normas infralegais detalhadas. Só que, ao fazer assim, a corte de uniformização usurpa a função precípua dos Poderes Legislativo e Executivo.

Essas dificuldades possibilitam a compreensão de que o processo judicial previdenciário é disfuncional e precisa ser repensado. A forma como a dignidade e a legalidade vêm sendo manejadas (e exploradas) pelos beneficiários da previdência social, pelos advogados especializados e pelas associações "científicas" (supostamente imparciais) debilita o equilíbrio processual e viola o princípio da supremacia do interesse público/coletivo, afinal o interesse público não pode ser considerado o somatório dos interesses individuais. A proteção judicial excessiva a um/uns beneficiário(s), em algum momento, prejudica a coletividade.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

HARDIN, G. *The tragedy of the commons*. Science, Vol. 162, 1968, p. 1243-1248.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LEITÃO, André Studart. *O lado oculto da judicialização da previdência social*. Livro eletrônico). Fortaleza: Ed. do Autor, 2020.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Ed. Cengage, 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIERDONÁ, Zelia Luiza; LEITÃO, Andre Studart; FURTADO FILHO, Emmanuel Teófilo. *Primeiro, o básico. Depois, o resto: o direito à renda básica*. Revista Jurídica, v. 2, n. 55, p. 390-417, 2019.

PORTO, Antonio Maristello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. Barueri, Atlas, 2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Provimento n. 205/2021*. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/345668?termo=>. Acesso em 27 dez. 2022.

STRECK, Lênio. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. CONJUR. Online. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em 27 dez. 2022.

SUNSTEIN, Cass. *A verdade sobre os boatos – como se espalham e como acreditamos neles*. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2010.