

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

SÉRGIO SANTOS MELO

**PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO
DEMOCRÁTICO: O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DO
ADMINISTRADO EM UMA DIMENSÃO DIALÓGICA**

**POUSO ALEGRE – MG
2015**

SÉRGIO SANTOS MELO

**PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO
DEMOCRÁTICO: O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DO
ADMINISTRADO EM UMA DIMENSÃO DIALÓGICA**

Dissertação apresentada como exigência parcial para
obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional
ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito
do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

**FDSM – MG
2015**

M528p

Melo, Sérgio Santos.

Processo administrativo previdenciário democrático: o direito de participação do administrado em uma dimensão dialógica/Sérgio Santos Melo. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2015.

133p.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni. Dissertação(Mestrado) – Faculdade de Direitos do Sul de Minas, Programa de Pós Graduação em Direito.

1.Processo administrativo. 2. Previdência Social. 3. Participação do administrado. 3. Dimensão dialógica. I. Simioni, Rafael Lazzarotto. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. III. Título

D-340

SÉRGIO SANTOS MELO

PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO DEMOCRÁTICO: O DIREITO DE
PARTICIPAÇÃO DO ADMINISTRADO EM UMA DIMENSÃO DIALÓGICA

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof.(a) Dr.(a)

Prof.(a) Dr.(a)

Pouso Alegre-MG

2015

À minha amada Maria do
Carmo, mais que esposa, minha
melhor amiga.
À Cínthia e ao Vítor, razão
maior de todos os meus
esforços. Sem vocês, nenhuma
vitória teria sentido.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, pela orientação e pelas fecundas aulas de argumentação e interpretação da decisão jurídica.

Ao Prof. Dr. Elias Kallás, exemplo de competência aliada à serenidade e à simplicidade.

Aos colegas do Mestrado da FDSM, cuja amizade para sempre levarei no coração.

Aos meus pais, que compreenderam meu “abandono” nesses anos de estudo.

Ao Luiz Antonio, colega de labuta na Justiça Federal, pelo apoio em todas as horas.

Às servidoras do meu gabinete na Justiça Federal, pela compreensão e auxílio constantes.

À Juliana Rebello e Mariane, da secretária da Pós Graduação da FDSM, pela simpatia e atenção nas constantes indagações.

A todo o corpo docente do Mestrado da FDSM: o conhecimento adquirido nunca será em vão.

RESUMO

MELO, Sérgio Santos. Processo administrativo previdenciário democrático: o direito de participação do administrado em uma dimensão dialógica. 2015. 130f. **Dissertação** (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2015.

O presente trabalho tem por escopo inicial compreender a dinâmica atual do processo administrativo previdenciário no Brasil, analisando-o sob a ótica das teorias da ação comunicativa e discursiva do direito formuladas por Jürgen Habermas. A Previdência Social é uma das três dimensões da Seguridade Social e os benefícios previdenciários são destaques entre os direitos sociais garantidos aos cidadãos. A efetivação de tais direitos, na prática, requer, quase sempre, a instauração de um processo administrativo perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), órgão responsável pela gestão do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) do Brasil. A dinâmica desse processo administrativo previdenciário, no entanto, carece de atendimento ao princípio democrático, na medida em que não se garante uma efetiva participação do administrado na construção da decisão administrativa de seu interesse. Busca-se, assim, entender as razões históricas e contextuais desse déficit de legitimidade democrática percebida nos processos administrativos perante o INSS, através da investigação dos pilares tradicionais em que se encontram assentados o direito administrativo e o previdenciário, com incursões na ordem normativa pertinente ao tema. A partir das formulações teóricas de Habermas, são elaboradas considerações e singelas sugestões sobre a processualística administrativo-previdenciária, fundadas, em especial, nas regras alusivas aos discursos de aplicação, de maneira a garantir uma interação efetivamente dialógica e democrática entre o segurado do RGPS e o INSS quando da concessão de benefícios previdenciários. Ao fim, constata-se que um processo administrativo previdenciário efetivamente dialógico é o caminho adequado para que os particulares envolvidos no caminho decisório da Administração Pública tenham assegurada a plenitude de seus direitos de participação democrática na esfera pública da Previdência Social.

Palavras-chaves: Processo administrativo previdenciário. Participação do administrado. Legitimidade democrática e interação dialógica. Discurso de Aplicação de Habermas.

ABSTRACT

MELO, Sergio Santos. *Democratic Social Security administrative process: the right to participation given to the administered in a dialogical dimension*. 2015. 130f. Dissertation (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação. Pouso Alegre, 2015.

This work has the initial scope to understand the current dynamics of the Social Security administrative process in Brazil, analyzing it from the perspective of the communicative and discursive action of Law theories formulated by Jürgen Habermas. The system of Social Security benefits concessions is one of the three dimensions of Social Security in wide conception and Social Security benefits are featured among the social rights guaranteed to citizens. The effectiveness of such rights in practice, requires, almost always, the establishment of an administrative proceeding before the National Social Security Institute (INSS), the agency responsible for the management of the General Administration of Social Security (RGPS) in Brazil. The dynamics of this administrative process, however, requires compliance with the democratic principle, insofar as there is no guarantee of an effective participation of the administered in the construction of the administrative decision that interests him. The aim is to understand the historical and contextual reasons for this deficit of democratic legitimacy perceived in administrative proceedings before the INSS, through the research of the traditional pillars in which are settled the Administrative and Social Security Law, with incursion in the normative order related to the topic. From the theoretical formulations of Habermas, considerations and simple suggestions are elaborated about the Administrative and the Social Security processualistic, based, in particular, in the mentioned rules of the Speech of Application, in order to ensure effective dialogue and democratic interaction between the affiliated of the RGPS and the INSS when granting Social Security benefits. Concluding, it seems that a Social Security administrative process effectively dialogic is the appropriate way for individuals involved in the decision's path of Public Administration have assured the fullness of their rights of democratic participation in the Social Security public sphere.

Keywords: *Administrative process in Social Security. Involvement of the administered. Democratic legitimacy and dialogic interaction. Speech of Application from Habermas.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. PROCESSO ADMINISTRATIVO E LEGITIMIDADE DA DECISÃO	14
2.1. Administração pública: o surgimento do conceito.	14
2.2. Direito administrativo: a gênese.	17
2.3. Ato administrativo: crise de legitimidade.	22
2.4. Do ato administrativo ao processo administrativo.	26
2.5. A lei geral acerca dos procedimentos administrativos: legitimidade da decisão administrativa.	31
3.DIREITOS SOCIAIS E AS NOVAS PERSPECTIVAS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO	35
3.1. Direitos sociais e sua roupagem após a Constituição Federal de 1988.	35
3.2. A fundamentalidade dos direitos sociais previdenciários.	40
3.3. A modelagem normativa do processo administrativo previdenciário.	48
3.4. Diagnóstico e perspectivas para o atual processo administrativo previdenciário.	58
4. O ADMINISTRADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO	66
4.1. A racionalidade emancipatória e a intersubjetividade dialógica.	66
4.2. O “sujeito” no processo administrativo previdenciário.	69
4.3. A razão comunicativa e o processo administrativo.	73
4.4. Mundo vivido, integração social, integração sistêmica e o direito no âmbito do processo administrativo previdenciário.	81
5. DESAFIOS DE COMPATIBILIZAÇÃO DO MODELO COM AS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	87
5.1. Os princípios <i>U</i> e <i>D</i> : prolegômenos da teoria discursiva de Habermas e o processo administrativo previdenciário.	87
5.2. O papel do direito como <i>medium</i> no processo administrativo previdenciário.	91
5.3. Regras do discurso: discursos de justificação e de aplicação.	101
5.4. O processo administrativo previdenciário em uma compreensão procedimentalista dialógica.	109
5.5. Desafios para implementação de um modelo dialógico-democrático de processo administrativo previdenciário.	117
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERÊNCIAS	127

1. INTRODUÇÃO

Compreender o modelo de processo administrativo previdenciário adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, verificar a sua efetividade no que se refere à concretização dos direitos sociais previdenciários em um Estado Democrático de Direito e, por fim, identificar novos paradigmas cuja adoção venha a aprimorar aquele modelo são, em essência, os principais objetivos do presente trabalho.

Não obstante a lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, tenha significado expressivo avanço em termos de proteção do administrado em face da Administração Pública, ainda se questiona se esse modelo houvera de conferir ao cidadão uma participação verdadeiramente democrática no processo. Especialmente no campo do direito previdenciário, pairam dúvidas acerca da existência de uma efetiva interação dialógica entre o segurado - ou o seu dependente - e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) no âmbito de um processo administrativo cujo escopo seja a concessão de benefícios previdenciários.

Em uma sociedade, como a brasileira, na qual o nível sócio-econômico da população exige uma constante atuação do Estado na prestação de serviços e concessão de benefícios que permitam atingir os seus objetivos fundamentais de erradicação da pobreza e da marginalidade e de redução das desigualdades sociais e regionais, é de vital importância entender o funcionamento do processo previdenciário. É este, com certeza, instrumento imprescindível de balizamento de um dos principais pilares da ordem social brasileira: a seguridade social. Propor modificações, ainda que singelas, na forma de condução do processo previdenciário significa, no mínimo, estimular uma reflexão sobre o seu papel de promoção do bem estar e da justiça sociais, diante do considerável aumento do número de conflitos envolvendo particulares e a administração pública previdenciária.

Para entender a importância do processo administrativo na efetivação dos variados direitos sociais assegurados aos cidadãos num Estado Democrático de Direito, é imprescindível conhecer o perfil contemporâneo do Direito Administrativo. Necessário, para isso, conferir se a hoje denominada Administração Pública nasceu da intenção de assegurar ao soberano um controle mais direto e imediato sobre o próprio território, ou se, como costuma-se dizer, nasceu para limitar os poderes desse soberano, quando, no século XVIII, o poder político consegue romper com sucesso o pacto que havia firmado com as aristocracias locais, sobre as quais havia nascido o Estado Territorial.

Procurar-se-á conferir se o ambiente revolucionário oitocentista – época em que se torna nítida a separação da administração, da justiça e do legislativo - foi bastante para contornar as influências exercidas pelo direito administrativo até então existente, ou se o que houve foi apenas a modificação nominal daquele a quem o ordenamento jurídico procura assegurar o poder: antes o soberano, agora o Estado. Seria o administrado apenas uma peça no jogo de poder, ao qual podem ser feitas algumas concessões desde que garantida a supremacia do interesse estatal?

A partir da investigação acerca do instrumental teórico do direito administrativo forjado no século XIX, notadamente os conceitos de Estado de Direito, de princípio da legalidade e da discricionariedade administrativa em uma realidade sociopolítica influenciada pelas concepções napoleônicas, serão analisados os paradigmas clássicos desse direito administrativo, e em que medida fizeram escola no Brasil. Assertivas como a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, a intangibilidade do mérito administrativo, a relação de subordinação hierárquica entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo serão objeto de uma crítica reconstrutiva.

Serão enfocadas as transformações decorrentes da nova configuração do Estado Democrático de Direito e seus reflexos na estruturação do direito administrativo, em especial no que se refere à figura do ato administrativo, colocando em xeque a sua “sobrevalorização” em face da não mais aceitação do afastamento do particular do caminho de construção das decisões administrativas. Diante dessa denominada “crise de legitimidade” do ato administrativo, estudar-se-á a longa trajetória que tem culminado na prevalência da ideia de que a melhor administração é aquela que “processualize” o seu agir, conferindo-lhe legitimidade democrática.

Em outras palavras, tentar-se-á compreender a razão pela qual vem se observando uma troca de papéis, passando o processo administrativo a ser o verdadeiro protagonista da atuação da Administração Pública, no lugar do simples ato administrativo, principalmente quando estão em jogo direitos sociais subjetivos dos cidadãos. Essas são, em linhas gerais, as questões a serem enfrentadas no capítulo 2.

No capítulo 3, serão enfocados os direitos sociais e a sua roupagem no Brasil pós-1988, com destaque para o tópico relativo à fundamentalidade dos direitos sociais, onde serão abordadas algumas teorias que tratam do assunto, com destaque para o pensamento de Jurgen Habermas. Haverá, ainda, abordagem relativa ao tratamento normativo atual dispensado aos processos administrativos previdenciários, de forma a saber se ele tem se mostrado suficiente

o bastante para dar cumprimento ao princípio democrático que garante a participação efetiva do cidadão.

Para isso, haverá a necessidade de se confirmar a premissa de que as demandas que se apresentam em processos administrativos previdenciários possuem um conteúdo social de maior relevância na concepção contemporânea de um verdadeiro Estado Democrático de Direito “Social”. Consequentemente, serão feitas incursões doutrinárias no que diz respeito às mudanças que ocorreram em relação ao papel do Estado quando da passagem de uma posição absenteísta para a assunção de um papel prestacional, analisando especificamente o caso brasileiro após a Constituição de 1988.

Em seguida, através da análise do ordenamento normativo que trata, no Brasil, do processo administrativo em geral e do previdenciário em particular, será atestada a eventual disparidade de forças existentes entre os polos do processo administrativo. Com isso, será possível esclarecer se ele, o processo administrativo, não seria um verdadeiro obstáculo ao exercício dos direitos fundamentais relativos à Previdência Social, ou se, ao contrário, a sua normatividade atenderia ao seu escopo primeiro que é o de ser um instrumento de efetivação e promoção das políticas públicas sociais, especificamente na área previdenciária.

Os capítulos 4 e 5 serão desenvolvidos através de uma metodologia específica. Como o referencial teórico da presente pesquisa é essencialmente a teoria do agir comunicativo, com os aportes da teoria discursiva do direito, ambas de Habermas, serão feitos recortes de algumas das obras do autor, em ordem cronológica aproximada, na tentativa de buscar, em cada uma delas, as contribuições para a formulação do embrião de uma proposta de modelo de processo administrativo previdenciário verdadeiramente democrático, onde haja uma efetiva participação do interessado em uma dimensão dialógica.

Do livro *Conhecimento e interesse* retira-se uma importante contribuição para a mudança de perspectiva em um processo administrativo previdenciário a partir das concepções habermasianas de intersubjetividade e de atitude dialógica entre os participantes de uma interação. Será trabalhada a possibilidade de que um intenso diálogo reflexivo entre aquele que apresenta um pleito perante o INSS e o servidor público encarregado de conduzir o processo, possibilite uma maior compreensão do mundo histórico vivenciado pelo administrado e, em consequência, a construção de uma melhor decisão para o caso.

O viés psicanalítico empreendido por Habermas na referida obra será utilizado para que se identifique um eventual quadro de “violência” social sofrida pelos trabalhadores, em especial os da área rural, cuja existência pode implicar em incompreensões nas interações dialógicas vivenciadas no processo administrativo previdenciário. A possível internalização

de um sentimento de inferiorização social pode, como se verá, impedir a formação de um diálogo livre de coações, prejudicando, por sua vez, a obtenção do consenso.

A *magnum opus* de Habermas, *Teoria do agir comunicativo*, consagra o talvez mais reconhecido e estudado pensamento do filósofo/sociólogo: o da razão comunicativa como condição de “sucesso” de qualquer procedimento argumentativo observado nas interações intersubjetivas. Serão, então, explicados em linhas gerais os contornos dessa razão comunicativa e a importância de sua adoção no âmbito de um processo administrativo previdenciário, principalmente no que diz respeito ao fato de não ser admitida qualquer tipo de coação, inclusive aquela que decorra dos denominados argumentos de autoridade ou da prevalência dos interesses da administração sobre os privados.

Também a partir dessa obra serão trabalhadas as ideias habermasianas de *mundo vivido*, *integração social* e *integração sistêmica*. Para o processo administrativo previdenciário, essas ideias tornam-se relevantes na medida em que explicitam como deve se dar o compartilhamento entre os envolvidos no processo, a partir dos saberes e pré-compreensões culturais, ou seja, dos mundos vividos de cada um. Ver-se-á, ainda, o problema da *colonização* desse mundo vivido, em outras palavras, os efeitos que os mecanismos funcionais relativos à integração sistêmica podem ocasionar no âmbito da interação subjetiva ocorrida no processo previdenciário.

Passa-se, então, à utilização dos aportes da teoria discursiva do direito trabalhada por Habermas principalmente em *Direito e democracia*, onde o novo papel do direito como *médium* entre a faticidade e a validade será apresentado. Com esse novo papel, o direito é “reabilitado” por Habermas, deixando de ser um daqueles mecanismos sistêmicos de colonização do mundo vivido, para se tornar o principal instrumento, ao lado da moral, de unificação e emancipação social. E juntamente com essa nova visão, são transportadas para essa nova teoria as regras dos discursos que serão necessárias para conferir legitimidade à formulação e à aplicação das normas jurídicas.

Com a “divisão” da teoria discursiva entre os discursos de fundamentação ou justificação e os discursos de aplicação – o que Habermas foi buscar em seu discípulo Klaus Günther -, a teoria apresenta-se bem mais palatável e factível. São os aportes e as regras relativas ao discurso de aplicação que serão estudadas para que se avalie a pertinência de sua aplicação em sede de processos administrativos previdenciários, formulando-se algumas sugestões que possam contribuir para sua democratização.

Evidente que as teorias habermasianas não estão imunes a contestações. Pelo contrário, muitas são as críticas ao modelo de racionalidade comunicacional e de eterna busca pelo consenso proposto por Habermas, com as reflexas dificuldades de sua implementação em procedimentos administrativos. Algumas dessas críticas serão perfunctoriamente apresentadas no último tópico, sem que necessariamente signifique uma falta de confiança quanto à efetividade das contribuições que as mudanças sugeridas nos processos administrativos previdenciários, com base naquelas teorias, possam acarretar.

2. PROCESSO ADMINISTRATIVO E LEGITIMIDADE DA DECISÃO

2.1. Administração pública: o surgimento do conceito

Para bem compreender o surgimento da atividade administrativa estatal no Estado Moderno, é imprescindível remontar a um tempo anterior ao do início da modernidade, identificando o papel reservado àqueles que exerciam o poder nas sociedades medievais. A dimensão desse poder pouco abarcava aquilo que hoje se denomina “administrar”, abrangendo, quando muito, uma incipiente atividade jurisdicional.

No medievo, conquanto a ideia de soberania – e por consequência a própria concepção de Estado – merecesse um destacado estudo em face das inúmeras controvérsias sobre a própria existência em si de um poder dito soberano¹, é possível, ainda que rasteiramente, identificar um arremedo de jurisdição tal como hodiernamente concebida. Quem muito bem retrata esse panorama medieval é o historiador do pensamento político-jurídico, o italiano Pietro Costa, o qual, ao tratar do tema, ressalta que naquele momento da história política o soberano ocupa uma posição culminante em uma série de relações de poder.

Observa Pietro Costa que a palavra para designar essa posição culminante do soberano é exatamente *iurisdictio*, que “[...] não é tão somente uma palavra familiar à cultura medieval [...], mas é também capaz de evocar as associações entre realeza e justiça, entre poder e juízo, que são tramas sensíveis do imaginário medieval.”². Naquele momento da história política européia, o soberano, apesar de ser “apenas” um dos elos da corrente de poder – eis que havia vários centros de poder quantitativamente menores do que o dele – é o seu vértice e, portanto, o titular supremo do poder. Como assevera Costa, “[...] é no imperador que a *iurisdictio* é pleníssima, justamente porque o imperador ocupa o vértice da hierarquia.”³. E ocupando a posição proeminente, subtrai-se o soberano de submissão a qualquer outro poder, tendo ele, inclusive, o poder de legislar.

Entretanto, é preciso ressaltar que essa *iurisdictio* no medievo deve ser compreendida de acordo com a concepção baixo-medieval de exercício do poder político, uma vez que o termo *iudicatura* equivalia ao ato de governar. Como explica Walter Guandalini Júnior:

¹ Os estudiosos da teoria do Estado apontam a obra “Le Six Livres de La Republique”, de Jean Bodin, de 1576, como o marco inicial teórico do conceito de soberania. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.77. Por se tratar de questão tangencial aos objetivos deste trabalho, as controvérsias acerca dessa concepção não serão aqui abordadas.

² COSTA, Pietro. A soberania na cultura político-jurídica medieval: imagens e teorias. In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 106.

³ Ibidem, p. 110.

É compreensível que assim seja: se o governo não é concebido como aparato político-burocrático, mas como *communitas* de cidadãos que se organizam de acordo com uma ordem objetiva pré-existente, não pode consistir na imposição de comandos imperativos, mas apenas na decisão final em todas aquelas situações em que a ordem objetiva venha a ser pontualmente violada, mantendo o equilíbrio entre os diversos grupos de pessoas que compõem a ordem social. O poder político medieval não se pretende criador, mas restaurador da ordem.⁴

Compreende-se, pois, porque não se concebia no medievo uma atividade jurisdicional, tal como hoje entendida, distinta da atividade de governar, ou, como diríamos atualmente, administrar.

No alvorecer da idade moderna - conquanto conhecido o vocábulo já ao tempo da idade média - Maquiavel tratou de introduzir o termo “Estado” na literatura política, através do seu renomado “O Príncipe”, do século XVI, em cujo início se lê: “Todos os Estados, os domínios todos que existiram e existem sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados.”⁵. Antes de Maquiavel, o termo “Estado” não possuía a penetração que alcançou a partir da época renascentista, em virtude da aceitação, até então, de outros nomes pelos quais fora designada a instituição política a que se referia⁶.

Mas são nos contratualistas clássicos (Hobbes, Locke e Rousseau) que se pode vislumbrar a fundação teórica do Estado Moderno, aquele que é a base de todos os Estados hoje existentes, ao menos no denominado mundo ocidental. Cronologicamente o último dos contratualistas clássicos, Jean-Jacques Rousseau em sua obra *Do Contrato Social*⁷, ao considerar que todos os homens nascem livres e iguais, enxerga o Estado como objeto de um contrato no qual os indivíduos não renunciam a seus direitos naturais, mas, ao contrário, entram em acordo para a proteção desses direitos, sendo que o Estado é criado para preservá-los.

Para Rousseau, o Estado é a unidade e, como tal, representa a vontade geral, que não é o mesmo que a vontade de todos⁸. A vontade de todos é um mero agregado de vontades, o desejo mútuo da maioria, sendo que o povo deve estar submetido às leis e deve ser o autor

⁴ GUANDALINI JÚNIOR, Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. 2011.240f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal do Paraná, 2011. p.34.

⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1975.p.?

⁶ MENEZES, Anderson. *Teoria Geral do Estado*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 42.

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Coleção Grandes Mestres do Pensamento. São Paulo: Editora Formar, [1900], v.2.

⁸ *Ibidem*, p. 33.

delas, desde que através de um legislador, e este deve elaborar as leis de acordo com o povo. Para ele, deve haver sanções rigorosas para aqueles que descumprem as leis⁹.

Ainda para Rousseau, embora necessários, os governantes ou magistrados não devem ser numerosos para que a sua função não se enfraqueça, pois quanto mais atuam sobre si mesmos, menos se dedicam ao todo¹⁰. Segundo ele, por detrás da pessoa do magistrado, surgem três vontades diferentes: a do indivíduo, a vontade comum dos magistrados e a vontade do povo, que é a principal¹¹.

O que se pode perceber é que, embora sob o aspecto histórico-político possa ser visualizado o século XV como o divisor do Medievo e da Idade Moderna – época às vezes denominada de período *pré-moderno* – não é a fundação teórica desse Estado Moderno que irá trazer,¹² de forma imediata, uma ideia montesquiana de separação dos poderes estatais. Na verdade, como observa Guandalini Júnior a partir das lições de Mannori e Sordi, “[...] o processo de gênese do Estado Moderno coincide em grande parte com a progressiva afirmação do príncipe como único distribuidor da *iurisdictio* no interior do espaço político.”¹³. Em outras palavras, foi ao longo da formação do Estado Moderno que, paulatinamente, a jurisdição passa a ser aglutinada na figura do soberano, o qual, na concepção absolutista então vigente, traduz o próprio Estado.

Evidentemente, não se pretende aqui desenvolver e explicar toda a trajetória político-jurídica percebida na Europa continental entre os séculos XV e XVIII que culmina na formação tripartite do Estado, dentro da concepção clássica de Charles de Montesquieu e da própria gênese do direito administrativo¹⁴. O essencial é observar que até a sedimentação dessa nova concepção dos poderes estatais de inspiração montesquiana não havia razão para falar-se em atividade administrativa distinta da jurisdição exercida pelo Poder Judiciário. Novamente recorrendo às lições de Guandalini Junior observa-se que:

De qualquer modo, é somente na segunda metade do século XVIII, quando o poder político consegue romper com sucesso o pacto que havia firmado com as aristocracias locais sobre as quais havia nascido o Estado Territorial, que tem início a construção de uma Administração subjetivamente distinta do aparato judiciário. A exigência nasce tanto da intenção de assegurar ao soberano um controle mais direto

⁹ Ibidem, p. 72.

¹⁰ Ibidem, p. 64.

¹¹ Ibidem, p.100.

¹² MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. A modernização do modelo brasileiro ante os sistemas de jurisdição administrativa no direito comparado. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, jun 2010, p.2080.

¹³ GUANDALINI JÚNIOR, Walter. Op. cit., p.53.

¹⁴ Para melhor compreensão desse processo, a excelente obra *Storia del Diritto Amministrativo*, dos italianos Luca Mannori e Bernardo Sordi, é de consulta obrigatória Cf .MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del Diritto Amministrativo*, 4 ed. Milano: Laterza, 2006.

e imediato sobre o próprio território, quanto de uma nova concepção da atividade jurisdicional, compreendida agora como aplicação automática e especializada do novo direito produzido pelo soberano aos casos controversos.¹⁵

De fato, foi com a Revolução Francesa de 1789 que se consagrou esse novo modelo de governo onde há uma separação da administração – entendida como um espaço de poder político –, da justiça e do legislativo, pois, segundo Guandalini Junior, “[...] a crise do governo judicial deixou o campo aberto a uma nova postura constitucional, que atribui à administração geral o dever de proteção dos interesses gerais anteriormente difusos pelos vários corpos sociais.”¹⁶.

2.2. Direito administrativo: a gênese

De um modo geral, a doutrina dirá que o surgimento do direito administrativo está atrelado à publicação de uma lei na França, a Lei de 28 de Pluviose, ano VIII, de 1800,¹⁷ a qual organizava e limitava externamente a Administração Pública, fato esse que simbolizaria a superação da estrutura de poder fundada na vontade do soberano¹⁸.

Alguns doutrinadores¹⁹ irão destacar que, na verdade, a conformação do direito administrativo já se fazia sentir na França napoleônica ao final do século XVIII, em decorrência da atividade pretoriana do Conselho de Estado²⁰, órgão criado como jurisdição especificamente administrativa, separada da justiça comum, cujo papel relevante foi a elaboração jurisprudencial dos princípios fundamentais do direito administrativo.

Realmente, a identificação de uma justiça administrativa como um conjunto de garantias dos particulares contra a atuação ilegítima da Administração surge como uma “[...] reacção contra a realidade oitocentista de uma administração centralizada, e decorria de uma pré-compreensão liberal, que concebia a Administração activa como o inimigo das liberdades[...].”²¹.

Para Guandalini Júnior, o direito administrativo surge “[...] primariamente como direito não-legislado, cuja especificidade procedia do fato de se referir à Administração

¹⁵ GUANDALINI JÚNIOR, Walter. Op. cit., p.93

¹⁶ Ibidem, p.94.

¹⁷ Esta lei concerne à divisão do território francês e à organização da administração francesa. *Pluviose* é uma palavra francesa que designa o quinto mês do calendário da República Francesa sugerido por Fabre d'Églantine, em 24 de outubro de 1793. Cf.: http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/45/Annexe.pdf_4a0d2b2344d22/Annexe.pdf. Acesso em: 05 mai. 2014.

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.10.

¹⁹ GUANDALINI JÚNIOR, Walter. Op. cit., p.1.

²⁰ Ibidem, p.2.

²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Justiça Administrativa (Lições)*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.p.15.

Pública como sujeito a que se destinava com exclusividade.”²², sendo que a *jurisprudência* do Conselho de Estado²³ rapidamente adquiriu estatuto acadêmico, e em 1815 a disciplina científica *direito administrativo* já integrava a grade curricular das faculdades de Direito francesas. Semelhante destaque é trazido por Hely Lopes Meirelles:

Na França, após a Revolução (1789), a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais veio a ensejar a especialização das atividades do governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las. Daí surgiu a necessidade de julgamento dos atos da Administração ativa, o que inicialmente ficou a cargo dos Parlamentos, mas posteriormente reconheceu-se a conveniência de se desligar as atribuições políticas das judiciais. Num estágio subsequente foram criados, a par dos tribunais judiciais, os tribunais administrativos. Surgiu, assim, a Justiça Administrativa, e, como corolário lógico, se foi estruturando um Direito específico da Administração e dos administrados para suas relações recíprocas. Era o advento do Direito Administrativo.²⁴

Para os autores que destacam o surgimento do direito administrativo a partir da referida Lei de 28 de Pluviose – a maioria deles, diga-se de passagem – a formação do direito administrativo como disciplina autônoma iniciou-se *pari passu* com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que se desenvolveu o conceito de Estado de Direito já na fase do Estado Moderno²⁵.

De maneira acurada, porém, Guandalini Júnior relata que a auto-afirmação do direito administrativo se faz em conjunto com a própria formação da Administração em si, na medida em que o Estado passa a ser o responsável não somente pela *iurisdictio*, mas também pelo exercício do poder de polícia:

Em suma, o direito administrativo e a ciência jurídico-administrativa se afirmam sobre a base de um discurso que se reconhece como racionalização *a posteriori* de uma realidade considerada previamente existente. Independente da (errônea) auto-

²² GUANDALINI JÚNIOR, Walter. Op. cit., p.1

²³ Acerca das decisões do Conselho de Estado francês, o caso Blanco é considerado, sob o prisma da jurisdição administrativa, fundamental para o direito administrativo francês. Detalhes do caso: em 3 de novembro de 1871, Agnès Blanco, 5 anos, ao passar em frente a uma fábrica de processamento de tabaco, foi atropelada e ferida gravemente por um vagonete que saiu subitamente de dentro do estabelecimento, tendo uma perna amputada. O vagonete pertencia a uma empresa estatal de manufatura de tabaco de Bourdeaux e era conduzido por quatro empregados. Inconformado, o pai da menina, Jean Blanco, ingressou, em 24 de janeiro de 1872, no tribunal de justiça (civil) com uma ação de indenização (reparação de danos) contra o Estado, alegando a responsabilidade civil (patrimonial) pela falta cometida por seus quatro empregados, a chamada *faut du service*. Surgiu, então, um conflito entre a jurisdição judicial (causas entre particulares – civil) e a jurisdição administrativa (causas em que o Estado é parte), sendo o Tribunal de Conflitos responsável por decidir de quem era a competência para julgar a causa. A corte, composta por quatro membros de cada jurisdição, enfrentou um impasse, eis que houve um empate (4 x 4). O Ministro da Justiça, Jules Dufaure, presidente do Tribunal de Conflitos, denominado Guardião dos Selos, desempatou, usando sua prerrogativa do voto de *minerva*, em favor do Conselho do Estado, ou seja, da jurisdição administrativa. Diante dessa decisão superior, prevaleceu a decisão do Conselho do Estado que concedeu uma pensão vitalícia à vítima, lançando, assim, as bases da **Teoria do Risco Administrativo** que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados pelos seus agentes. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=918k> Acesso em: 09 mai. 2014.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 51.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 20.

percepção dos pioneiros da disciplina, que não compreendiam que a construção do direito administrativo construía também a própria administração que se pretendia regular, o fato é que o advento da ciência na Europa assinala a maturidade do processo histórico de edificação de um Estado nacional autônomo e capaz de regular as suas próprias atividades. Pode-se compreender, então, a organização deste novo ramo do saber jurídico como mais um dos múltiplos relés de causa-efeito ativados pela transformação radical que ocorre no dispositivo de poder existente nas sociedades européias do início da modernidade: de sociedades de soberania, marcadas pela existência de um Estado de Justiça que fundamentava suas práticas de poder em uma legitimidade originária, para uma sociedade disciplinar, organizada em torno de um Estado de Polícia que exerce seu poder de forma regulamentar, visando à proteção permanente da sociedade e ao crescimento contínuo das forças do Estado.²⁶

Portanto, a visão um tanto quanto *romanceada* de que o direito administrativo teria surgido como um freio ao absolutismo estatal e, desta maneira, atrelado ao Estado de Direito²⁷, merece vários reparos de doutrinadores contemporâneos. Trata-se de um erro histórico associar a gênese do direito administrativo ao advento do Estado de Direito e do princípio da separação de poderes logo após a revolução francesa²⁸, uma vez que o surgimento do direito administrativo e de seus paradigmas clássicos (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, intocabilidade do mérito administrativo, dentre outros) foi, na verdade, mais uma reprodução das práticas administrativas do regime anterior do que sua superação.

Segundo Gustavo Binenbojm – convergindo, nesse ponto, com o entendimento de Guandalini Júnior antes esposado - foi o Conselho de Estado francês o protagonista do direito administrativo, sendo, pois, insubsistente a crença de que seria a lei – e, portanto, o Estado de Direito – o grande insuflador da gênese daquele ramo do direito.

O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo *Conseil d'État*, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e *insubmissa* daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento. A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial (do Conselho

²⁶ GUANDALINI JÚNIOR., Walter. Op.cit., p. 3.

²⁷ A propósito dessa visão dita *romanceada*, vide o seguinte trecho da obra de Marcello Caetano, escritor português de várias obras consideradas clássicas no direito administrativo: “Já noutros lugares chamei a atenção para a importância que, fora da França, as instituições locais tradicionais tiveram na administração pública e nos primórdios do Direito Administrativo. Em França, a revolução de 1789 quebrara autonomias, reputadas privilégios numa sociedade que se queria igualitária. E o Império napoleônico propôs-se, por um lado, consolidar a obra da revolução e, por outro, expandir o espírito desta mediante uma ação militar que pôs a Nação em pé de guerra, exigindo que toda ela fosse sensibilizada através de uma rede nervosa que, a partir do centro do comando, transmitisse também todos os pontos as ordens a cumprir. Essa rede, constituem-na as autoridades designadas pelo governo e a ele subordinadas. E desse modo nasce um estado centralizado, graças à estrutura de um Poder Executivo que não se deixa depender de outros poderes no exercício da sua ação benéfica de unificação, de defesa e de promoção nacional. O Direito próprio do Poder Executivo do Estado é, nesta altura, o Direito Administrativo.” CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 33.

²⁸ GUANDALINI JÚNIOR, Walter. Op. cit. p. 11

de Estado) derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo.²⁹ (destaques do autor)

Essas percucientes observações da doutrina contemporânea condizem com a história da formação e desenvolvimento dos estados modernos, pois, como antes se viu, a idéia de administrar não se dissociava da idéia de julgar. Assim, não obstante a teorização da tripartição dos poderes³⁰, é evidente que esse novo estado-administrador teoricamente distinto do estado-juiz não se desveste da função jurisdicional.

Remontando ao histórico da jurisdição antes traçado, onde sucintamente analisou-se a formação do Estado Moderno, é interessante a observação de que a concepção de Estado de Direito como um ordenamento jurídico em que estaria excluída a arbitrariedade estatal, assegurando-se as liberdades individuais, nasce no início do Século XIX, com o trabalho de Robert Von Mohl³¹. A partir do desenvolvimento dessa concepção, passa a ser compreendido que esse Estado de Direito não pode ter por base apenas o princípio da legalidade, devendo fundar-se no princípio que Palu denomina “princípio da constitucionalidade”³². Nesse diapasão, toma corpo a ideia de que um dos pilares para se consagrar o denominado “Estado de Direito Constitucional e Democrático”, é exatamente a previsão do controle jurisdicional da Administração Pública³³. De fato, a questão atinente ao controle da atividade administrativa não poderia deixar de sofrer influências das mudanças advindas do abandono da idéia de um Estado Liberal que se apresentava absenteísta, para a adoção de um formato novo de Estado preocupado com a satisfação e o bem-estar de seus cidadãos, o dito Estado Social.

Sob essa inspiração, o Estado passa a ser enxergado sob óticas diversas. Na condição de responsável pelo bem estar comum, posiciona-se acima de cada cidadão individualmente considerado, exatamente para que essa supremacia do todo sobre a parte possa ser viabilizada. No entanto, apresentando-se o Estado ou outras entidades estatais em conflito com o particular, a posição estatal passa a ser de igualdade com esse particular.

²⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Constitucional e Administrativo*: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.63.

³⁰ A referência à teorização da tripartição dos poderes é alusiva à obra *O Espírito das Leis* (1748) de Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como barão de Montesquieu.

³¹ MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública*: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição. Brasília: CJF/CEJ, 2012. p.43.

³² PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição* apud MORAES, Vânia Cardoso André de. Op. cit., p.43.

³³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 26.

E dentro desse contexto, Pedro Machete³⁴ ressalta que na criação de seus tribunais, o Estado sai de si e os cria como instâncias decisórias exclusivamente subordinadas à ordem jurídica, destinadas a resolver conflitos de interesses de acordo com os critérios legais em cada caso, sendo que a pedido de um dos contendores, o juiz atualiza a decisão normativa, verificando a ocorrência concreta dos fatos de que depende a pretensão reconhecida pela norma.

Consoante alerta Binenbojm, contraditoriamente, em França, o princípio da separação de poderes foi um simples pretexto para alargar a esfera de liberdade decisória da Administração, tornando-a imune a qualquer controle judicial³⁵, tratando-se - a instituição da jurisdição administrativa em que a Administração julgaria a si mesma - nada mais, nada menos do que a continuação do modelo vigente no *Antigo Regime*. Conforme o indigitado autor:

Contrariando a noção intuitiva de que ninguém é bom juiz de si mesmo, a introdução do contencioso administrativo – e conseqüente subtração dos litígios jurídico-administrativos da alçada do Poder Judiciário – embora alicerçada formalmente na idéia de que “julgar a Administração ainda é administrar”, não teve qualquer conteúdo garantístico, mas antes se baseou na desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais, pretendendo impedir que o espírito de hostilidade existente nestes últimos contra a Revolução limitasse a ação das autoridades administrativas revolucionárias.³⁶

Inevitável a conclusão, portanto, de que em sua gênese, o direito administrativo padece de uma contradição ontológica: alardeado como uma verdadeira conquista do Estado de Direito em prol do administrado, que estaria protegido contra eventuais abusos do próprio Estado – eis que se poderia recorrer ao órgão jurisdicional – ele (o direito administrativo) muitas vezes servia como escudo em favor desse Estado-administrador, mediante a construção de paradigmas, de princípios a ele inerentes e de uma *jurisdição* administrativa que afastavam o controle judicial. A constatação dessa dicotomia é fundamental para compreender as assertivas e ilações que serão adiante elaboradas em relação ao processo administrativo.

³⁴MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007. p.436/441.

³⁵BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo nº 239, 2005, p. 1-31 (p. 4).

³⁶Ibidem, p.4.

2.3. Ato administrativo: crise de legitimidade

Tradicionalmente, os administrativistas³⁷ explicam que a Administração Pública realiza sua função precípua através dos ditos atos jurídicos administrativos, os quais se diferenciam dos atos jurídicos em geral apenas pela finalidade pública que lhes é ínsita. Alguns³⁸, atentos à insuficiência da finalidade como único elemento diferenciador do ato jurídico em geral para o ato administrativo, procuram conceituar o último de maneira a evidenciar as denominadas prerrogativas públicas como características fundamentais para a definição da atividade administrativa³⁹.

Ainda que com pequenas variações, os autores pátrios mais festejados no campo do direito administrativo não diferem muito em suas definições, enxergando o ato administrativo como “[...] a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”⁴⁰. Nessas definições acerca do ato administrativo, o elemento comum que se destaca é a unilateralidade da manifestação e da própria execução da vontade da Administração Pública, com a única deferência a um controle jurisdicional, *a posteriori*, do ato administrativo. Uma das justificativas encontradas pelos doutrinadores para defender essa proeminência da unilateralidade do ato administrativo reside no argumento de que, ao praticá-lo, o administrador nada mais faz do que aplicar, de ofício, o comando legal⁴¹.

De qualquer maneira, é compreensível – conquanto não aceitável, consoante destacou-se dos pensamentos de Guandalini Júnior e Binenbojm - que a construção doutrinária do direito administrativo trilhasse o referido caminho e partilhasse uma concepção pouco democrática se comparada àquela almejada em um modelo de Estado que se pretende hoje. É que, conforme já destacado, a gênese do direito administrativo está associada a um modelo de Estado Liberal “[...] ao qual, como lembra Egon Bockmann Moreira, cabia o papel de guarda-noturno das relações socioeconômicas: fiscalizava, reprimia e punia os desvios. Isso fundamentalmente através do ato administrativo.”⁴².

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op.cit., p 146.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 381.

³⁹ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o ato administrativo é “[...] a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”. Ibidem, p.380

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op.cit.,p.189.

⁴¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. rev. e atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.87.

⁴² SILVA, Júlio Cezar Bittencourt. *A Administração Pública brasileira democratizada: a participação do administrado no processo de formação do ato administrativo*. 2012.151f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p.33

Isso porque os princípios liberais repercutiram de maneira diferente no âmbito dos Poderes, pois, enquanto no âmbito do Legislativo e Judiciário imperava a submissão ao direito, característica de um Estado de Direito, no Executivo - já identificado, naquele momento com a Administração Pública - prevalecia o argumento de que, para o desempenho das funções estatais executivas, haveria a necessidade de se preservar sua autoridade, com o nítido afastamento do administrado na construção da decisão.

Essa contradição interna no âmbito do Estado refletiu na formatação do Direito Administrativo, tornando-o um dos ramos do direito mais avessos a mudanças, razão porque se compreende o reflexo desse conservadorismo na concepção acerca do ato administrativo. Apenas em tempos recentes é que se percebe um movimento contrário na doutrina, o que revela, para Binenbojm “[...] um momento de inflexão teórica que se poderia caracterizar como uma *crise dos paradigmas do direito administrativo brasileiro*.”⁴³, o que será abordado mais à frente.

Portanto, o que se observava no bojo de uma realidade de Estado Liberal era a prevalência do ato administrativo como figura central do Direito Administrativo, com mínima, ou mesmo nenhuma participação do cidadão, o administrado. Contudo, à medida que o Estado passa a assumir tarefas que antes não lhe incumbia, notadamente para satisfazer inúmeras demandas dos cidadãos, os contornos de um novo modelo de Estado, o Social, começam a ser traçados⁴⁴. Nesse novo ambiente, o administrado tornou-se mais dependente das prestações do Estado, em um processo de drástica restrição do espaço de senhorio e de crescente domínio do espaço efetivo pela Administração⁴⁵.

E aumentando a sua dependência do Estado, era natural esperar do cidadão a vontade de uma maior participação, ou de ao menos influenciar a atividade estatal que visasse à prestação dos denominados direitos sociais. Nessa dimensão, o ato administrativo “[...] deixou de ser somente uma forma de exercício da autoridade, agressiva ao cidadão, para operar também como um ‘instrumento de satisfação de interesses individuais.’”⁴⁶. A construção teórica do ato administrativo não poderia, pois, permanecer intocável.

⁴³BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Op.cit., p. 22.

⁴⁴No capítulo 3, ao se tratar dos direitos sociais, serão traçados as necessárias referências para se compreender a formação e as principais características de um Estado dito Social. Por agora, basta compreendê-lo como, nos dizeres de Paulo Bonavides, “[...] um fruto da superação ideológica do antigo liberalismo”, notadamente a partir dos movimentos que surgiram no séc. XIX em favor de melhores condições de trabalho para o proletariado. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.183/184.

⁴⁵SILVA, Júlio Cezar Bittencourt. Op.cit., p.33

⁴⁶BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.231.

A Administração Pública passou por inúmeras transformações iniciadas no período da denominada Revolução Industrial, quando os trabalhadores oprimidos exigiam atitudes mais impositivas por parte do Estado Liberal, mudanças essas nitidamente acentuadas após o fim da 2ª Guerra Mundial. De fato, com a derrota dos regimes totalitários e em face das atrocidades praticadas naquele conflito mundial, colocou-se em xeque aquele Estado apenas garantidor dos direitos civis e políticos do cidadão, os denominados direitos de 1ª dimensão ou geração⁴⁷.

Com o resgate dos direitos humanos como uma nova compreensão do tão vilipendiado jusnaturalismo, os denominados direitos de 2ª dimensão (econômicos, sociais e políticos) passam a ser incorporados aos discursos políticos e jurídicos. Esse resgate somente se mostrou possível a partir de um novo paradigma, o da Filosofia do Direito, que “[...] é uma resposta ao processo de crescente positivação do Direito pelo Estado[...]”⁴⁸.

Tal como aponta Konrad Hesse, essas transformações do Estado deveriam afetar não apenas a maneira da formação da unidade e da vontade política em uma democracia contemporânea, mas, também, a peculiaridade da administração contemporânea. Nos dizeres do constitucionalista alemão:

Essa (*a administração*) elevou-se sobre seu quadro tradicional como “administração intervencionista” e tornou-se, em grande medida, “administração prestacionista”. Ela tem de exercer, doravante, tarefas de configuração, assistência social e previsão planificadora ampla, atrás das quais ficam amplamente, em significado, as “intervenções” tradicionais pontuais – motivo pelo qual as formas do Direito Administrativo “clássico”, orientadas, de preferência, por ordem e proibição, demonstram-se, muitas vezes, também como insuficientes para dominar juridicamente a realidade alterada. Junto às formas clássicas de estabelecimento de direito e execução colocam-se, por conseguinte, em medida crescente, novas formas do tornar-se ativo estatal, como a “lei-medida” que, em número e significado, já sobrepujou amplamente a lei clássica, o plano e a concessão de prestação que, sobretudo na forma de subvenção, determina, em grande medida, a problemática moderna.⁴⁹ (grifou-se)

À vista dessas novas exigências de cunho democrático-social, o direito administrativo viu-se em uma crise dogmática, pois, enquanto em nível de disciplinamento constitucional ocorria a adaptação a essa nova realidade, a Administração Pública ainda se detinha nos paradigmas clássicos da época do liberalismo econômico. Esse anacronismo foi percebido de maneira perspicaz por Marçal Justen Filho, para quem “[a] concepção de um

⁴⁷ No item 3.1 tratar-se-á da denominadas “dimensões ou gerações” dos direitos individuais.

⁴⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p.17.

⁴⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. (da 20ª ed. alemã) de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 174.

Estado Democrático de Direito é muito mais afirmada (semanticamente) na Constituição do que praticada na dimensão governativa.”.⁵⁰

O ato administrativo, com todos os seus atributos e prerrogativas costumeiramente apregoados pela doutrina tradicional, passou a enfrentar uma crise de legitimidade. A unilateralidade, com seus consectários de cunho pouco democráticos, encontrava-se sustentada em um princípio que até hoje, para muitos, seria intocável: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

São várias as críticas formuladas contra a adoção desse princípio, indo desde as que nem ao menos lhe atribuem carga principiológica, até aquelas que simplesmente negam sua existência. Evidentemente que na dimensão deste trabalho não se apresenta possível abordar todas elas, impondo-se abordar apenas aquelas mais comumente apresentadas pelos doutrinadores. Gustavo Binenbojm, recordando o trabalho pioneiro de Humberto Bergmann Ávila, assim inicia a sua *desconstrução* do indigitado princípio:

Conceitualmente, é possível, de plano, apartar o “princípio” em tela de toda a construção doutrinária acerca dos princípios jurídicos. Neste ponto, fica claro o divórcio entre a regra abstrata de prevalência absoluta em favor do interesse público e a aplicação gradual dos princípios proporcionada pelo caráter abstrato dos mesmos. Ou seja, o referido princípio, porquanto determine a preferência ao interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto, termina por suprir os espaços para ponderações.⁵¹

A crítica parece proceder pelo fato de que, ao tomá-lo como princípio de aplicação absoluta, a supremacia do interesse público sobre o privado acaba por impor uma universalização, uma generalização que desconsidera os eventuais interesses/direitos do administrado em jogo. Continuando em sua crítica, Binenbojm alerta:

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que “o princípio da supremacia do interesse público” também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo “princípio”; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional.⁵²

De fato, se há uma resposta em abstrato sobre qual interesse deverá prevalecer no caso concreto, somente será possível emprestar alguma solução se se fizer uma análise dos

⁵⁰JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.81.

⁵¹BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Op.cit., p. 95.

⁵²Ibidem, p. 95

programas normativos e âmbitos normativos de cada preceito em hipotético conflito na situação histórica específica⁵³. Eventuais colisões de interesses são resolvidas, de maneira abstrata, previamente pelo constituinte originário, que pode optar pela prevalência dos interesses privados ou pela prevalência dos interesses públicos de maneira abstrata. Porém, em um caso concreto, a solução de eventual colisão deverá ser empreendida através não de mediação legislativa, mas, sim, na esfera administrativa ou jurisdicional, pois somente no caso particularizado poderá o administrador ou o juiz, sem a adoção de nenhum critério de preferência predeterminado, decidir, em face dos diversos elementos que integram o âmbito normativo de cada preceito em conflito, qual deverá prevalecer⁵⁴.

Chega-se, assim, à conclusão de que a adoção de uma decisão administrativa consentânea com o modelo democrático que se pretende impingir à Administração Pública na atualidade somente será possível mediante alguma forma de construção daquela decisão que, de maneira efetiva, permita a participação do(s) interessado(s), não sendo admissível que um ato unilateral praticado pelo administrador público possa substituir aquela empreitada.

2.4 Do ato administrativo ao processo administrativo

Consequência inevitável da desconstrução da idéia da supremacia absoluta do interesse público sobre o privado é a constatação de que o ato administrativo, em sua visão tradicionalmente ligada à prevalência da vontade estatal e à exclusão do administrado na tomada de decisão, não mais atende aos anseios de um Estado que se autodenomine Democrático-Social de Direito.

A compreensão de que a Administração Pública, na execução de seus misteres, não tem permissão para atuar de maneira solipisista, seja através de um administrador, seja de quem esteja a executar tais funções, “[...] implica também numa noção de que a decisão administrativa, para que seja exarada, mormente quando for implicar em modificação de situações jurídicas de terceiros, precisa, necessariamente, percorrer um itinerário para sua prolação.”⁵⁵.

Abordando o tema, Odete Medauar salienta que a processualidade estatal não está ligada apenas à função jurisdicional, referindo-se a autora a uma “processualidade

⁵³ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.56.

⁵⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 05 mai. 2014.

⁵⁵ SILVA, Júlio Cezar Bittencourt. Op.cit., p.45.

administrativa”⁵⁶, o que, em outras palavras, significa a necessidade de que a relação entre Administração e administrado ocorra no bojo de uma relação de troca, em que cada um poderá apresentar suas razões e formular suas pretensões de maneira dinâmica. É dentro dessa perspectiva de existência de uma processualidade administrativa que deve estar presente a noção de um processo administrativo dito dialógico⁵⁷, pois, como leciona Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, a idéia presente quando se fala em processo administrativo é que,

[...] do ângulo da sua regularidade procedimental, os atos jurídicos que o compõem estão normativamente interconectados, entrelaçados, encadeados, no sentido da realização e da preparação do seu ato final, o ato decisório, que produzirá os referidos efeitos à Administração Pública e à cidadania.⁵⁸

Acerca do processo administrativo, importante observar que por algum tempo a doutrina sequer admitiu a utilização do termo no âmbito da Administração Pública, entendendo que a expressão deveria ficar adstrita à atividade jurisdicional. Mas, o certo é que sempre houve a idéia de existência do chamado processo administrativo, que não se confundiria com o processo judicial. No tocante à terminologia que deveria ser empregada para designar esse *iter* necessário a se chegar a uma decisão administrativa, houve – e em certa medida ainda há – acentuada divergência doutrinária, sendo que para alguns o mais adequado é a utilização da expressão *procedimento administrativo* em vez de *processo administrativo*.

Hely Lopes Meirelles observa a necessidade de precisão na utilização dos termos, alertando que os autores de língua castelhana ora empregam a palavra *procedimento* no sentido de *processo administrativo*, ora no de *procedimento administrativo* propriamente dito, sendo que no direito brasileiro as expressões designam institutos diversos. Para o renomado autor, “[...] processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual.”⁵⁹.

José Cretella Júnior diverge dessa posição, afirmando que ontologicamente processo em nada difere de procedimento, sendo que se diferença existisse seria apenas na dimensão

⁵⁶MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 18.

⁵⁷A concepção acerca de como se chegar a um processo administrativo verdadeiramente dialógico, através de canais de diálogos com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas pela atuação estatal, será tarefa a ser desenvolvida mais à frente, notadamente ao se adentrar no referencial teórico do presente trabalho, qual seja, a ação comunicativa e a teoria discursiva de Jürgen Habermas.

⁵⁸OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni apud SILVA, Júlio Cezar Bittencourt. Op.cit., p.45.

⁵⁹MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 658.

quantitativa ao se utilizar o termo processo para designar o conjunto de todos os atos, o todo, e procedimento para designar as diferentes operações que integram esse todo⁶⁰.

Para Celso Antonio Bandeira de Melo, não obstante a divergência legislativa e doutrinária, o termo de maior utilização no Direito Administrativo é procedimento, ficando reservada a expressão processo para os casos contenciosos, afirmando, no entanto, em posição semelhante à apresentada por Hely Lopes Meirelles, ser mais adequado o emprego da terminologia *processo* para designar o objeto em causa e *procedimento* para a modalidade ritual de cada processo⁶¹. Odete Medauar, por sua vez, afirma que:

[...] o procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. De outro lado, o processo implica além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sobre o prisma contraditório.⁶²

Independentemente das divergências doutrinárias acerca da utilização de uma ou outra expressão, o fato é que, no caso brasileiro a própria Constituição Federal de 1988 utilizou a terminologia *processo* para designar a processualidade administrativa, ao prever, em seu art. 5º, inciso LV, que: “[a]os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”⁶³.

De toda sorte, com o advento da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 que trata do processo administrativo federal – o tema será abordado mais adiante -, tornou-se mais usual no Brasil a utilização da palavra processo como representativa dessa relação jurídica de direito público estabelecida entre a Administração e o administrado, momento em que se tornaram mais bem definidos os contornos jurídicos destinados à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins precípuos da Administração⁶⁴.

Não há dúvidas de que a melhor expressão para designar a sequência de atos tendentes a um resultado é *processo*, já que esta é realmente a sua natureza jurídica. É no âmbito do processo que aquelas formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos - o que equivale a rito, procedimento – irão permitir o verdadeiro

⁶⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.565.

⁶¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Op.cit., p.480.

⁶² MEDAUAR, Odete. Op.cit., p.177.

⁶³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 mai.2014.

⁶⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.99.

estabelecimento das garantias do contraditório e da ampla defesa⁶⁵. Com efeito, o devido processo legal administrativo – e não apenas o rito – é que irá garantir ao administrado todos os poderes inerentes à sua condição de cidadão, pois:

É no *modus procedendi*, em suma, é na escrupulosa descrição ao *due process of law*, que residem as garantias dos indivíduos e grupos sociais. Não fora assim, ficariam todos e cada um inermes perante o agigantamento dos poderes que o Estado se viu investido como consecutório inevitável das necessidades próprias da sociedade hodierna. Em face do Estado contemporâneo – que ampliou seus objetivos e munuiu-se de poderes colossais –, a garantia dos cidadãos não mais reside sobretudo na prévia delimitação das finalidades por ele perseguíveis, mas descansa especialmente na prefixação dos meios, condições e formas a que se tem de cingir para alcançá-los.⁶⁶ (grifos do autor)

Somente ao conferir efetiva participação ao administrado no processo administrativo é que poderá aquele influenciar na formação da vontade administrativa, equilibrando-se, assim, o interesse público e o interesse privado. Ao serem estabelecidos canais de diálogo entre sociedade e Administração Pública, tal qual propiciado pelo processo administrativo, permitir-se-á a tomada da opinião do administrado, fazendo com que suas demandas cheguem ao conhecimento do Administrador. Assim:

[...] a adesão do administrado é facilitada quando ele tem a oportunidade de participar e colaborar para que a Administração Pública chegue a uma decisão adequada e justa, harmonizando os vários interesses envolvidos, confrontando-os e ponderando-os. A concordância ou aderência dos cidadãos aos provimentos emitidos pelos centros decisórios administrativos será uma consequência da maior legitimidade dessa decisão, pois seus pleitos, opiniões e sugestões foram ao menos apreciados.

Isso acarretará maior eficácia e efetividade das decisões administrativas, sendo o caso de defender-se hodiernamente a legitimidade pela participação, inclusive como meio de obter-se maior eficiência no desempenho da função administrativa e maior justiça da decisão administrativa.⁶⁷

Na Constituição Federal de 1988 diversos são os dispositivos que conferem aos processos administrativos as mesmas garantias e características típicas dos processos judiciais, podendo ser destacados os incisos LIV (devido processo legal), LV (contraditório e

⁶⁵ Adota-se aqui a posição de Fazzalari para quem o processo é o procedimento realizado em contraditório, e que no Brasil, dentro outros, é defendida por Aroldo Plínio Gonçalves. Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.103.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 483.

⁶⁷ ORMEROD, Alexandre Rodriguez Bueno. *Administração Pública dialógica e legitimação da atuação administrativa*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/alexandreormerod.pdf> Acesso em 12 mai. 2014.

ampla defesa) e LXXVIII (razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação), todos do artigo 5º da Constituição Federal⁶⁸.

É inegável, pois, que o processo administrativo no Brasil foi alçado a um patamar bastante superior ao que lhe era reservado até bem pouco tempo, constituindo-se em utilíssima ferramenta para que o administrado possa, ainda na esfera não judicial, apresentar o seu ponto de vista acerca dos interesses em conflito. Permite-se, assim, que a autoridade administrativa possa emanar sua decisão de forma mais consentânea ao direito, e não apenas com a visão estreita que caracterizava o administrador do passado.

E essa verdadeira *constitucionalização* do processo administração é alvissareira na medida em que:

O processo administrativo contribui para recuperar o espaço democrático na administração pública do vigente Estado Social – desvirtuado que foi o seu projeto (e promessa) em práticas antidemocráticas (primado da economia – dos interesses de seus principais agentes – e de uma suposta eficiência sobre o ser humano, sua dignidade e suas relações sociais, por meio da cooptação de uma burocracia governamental hermética e refratária à participação dos cidadãos, cada vez mais distantes das instâncias decisórias).

Esta contribuição é ainda mais importante – e é imprescindível fazer referência a esta peculiaridade – em países de tradição autoritária como o Brasil, pródigo ainda em práticas políticas e administrativas deste jaez, recente que foi o seu processo de transição de um regime ditatorial (fato normalmente negligenciado, subestimado ou superficialmente mencionado nos escritos de Direito Público).⁶⁹

De fato, sob uma ótica contemporânea, vê-se que o papel do Estado-administrador vem sendo concebido, paulatinamente, como convergente dos interesses coletivos, inclusive no que tange à solução dos conflitos envolvendo os próprios interesses do Estado. E é essa inspiração que moveu o constituinte brasileiro de 1988 a creditar maior importância aos processos e procedimentos administrativos, o que pode ser constatado em diversos direitos e garantias fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição da República. Esse crédito à processualidade administrativa é assaz importante na medida em que limita a atuação do Estado frente ao cidadão, pois, como alerta Clèmerson Merlin Clève:

O imenso poder que o Estado guarda em relação aos indivíduos, aos cidadãos, e a forte relação de dependência destes em face dele podem contribuir para a proliferação de atentados contra a liberdade e para a invenção de um tipo de homem impotente diante do poder, a um tempo pai e senhor.⁷⁰

⁶⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 mai. 2014.

⁶⁹GALVÃO, Rodrigo. *Democracia, Processo Administrativo e Direitos Fundamentais*. Disponível em <<http://virtual.cesusc.edu.br/portal/externo/direito/wp-content/uploads/2010/05/Democracia-Processo-Administrativo-e-Direitos-Fundamentais-Prof.-Rodrigo-Galv%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2014.

⁷⁰CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 43.

Assim, é perfeitamente plausível concluir-se que a legitimidade do ato administrativo fica a depender da participação do administrado por meio de um processo administrativo que se lhe assegure efetivo envolvimento no processo decisório, com a certeza de que ele, administrado e cidadão, possa colaborar na construção da decisão administrativa, apresentando os fatos que entender pertinentes, produzindo suas provas, enfim, demonstrando os seus interesses “[...] à autoridade administrativa, que os recolherá, comparará, analisará e definirá a solução mais adequada ao caso que lhe for posto, exarando, por fim, ato administrativo, revestido de todas as características que lhe são pertinentes.”⁷¹.

2.5. A lei geral brasileira acerca dos procedimentos administrativos: legitimidade da decisão administrativa

Como já visto, para que um ato administrativo possa receber a pecha de legitimidade deve ele decorrer de um *iter* procedimental formado em contraditório, o processo administrativo, no qual esteja garantida a participação efetiva daquele ou daqueles que poderão sofrer as consequências da decisão administrativa. Tal premissa advém da idéia de que em um Estado Democrático de Direito, a condição democrática precisa estar qualificada pela participação do cidadão não apenas através do sufrágio universal, mas também pelo estabelecimento de um:

[...] amplo e irrestrito canal em que possa desaguar o ideário dos mais diversos seguimentos de um povo, e que, na mesma medida, possua os estuários necessários para promover o atendimento dos propósitos de cada um deles, sem, contudo, perder o necessário amparo da estabelecida ordem social decorrente do consenso partejado pelas discussões políticas do Estado como um todo.⁷²

De fato, entender a expressão *democracia* simplesmente como o governo da maioria é desconhecer toda a amplitude que, hodiernamente, se atribui ao termo. Como leciona Michel Rosenfeld⁷³ no ensaio *A identidade do sujeito constitucional*, “[...] tanto o *eu* cuja auto-afirmação e emancipação são promovidas pelo Direito Constitucional, quanto o *outro*

⁷¹ SILVA, Júlio Cezar Bittencourt. Op. Cit., p.54.

⁷² LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. A lei federal do processo administrativo federal como instrumento de exercício da cidadania. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, nº 3, Ano XXVI, mar 2010. p.275, 2010.

⁷³ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p.92.

que busca a auto-afirmação mediante a lei aprovada pela maioria, devem ser incluídos no sujeito constitucional.”⁷⁴.

E na esfera de positivação de direitos será a Constituição de cada país, em regra, quem irá estabelecer garantias para que cada cidadão possa usufruir em plenitude sua condição de integrante daquela sociedade. O estabelecimento de direitos e garantias fundamentais revela-se um mecanismo antimajoritário, exatamente para evitar que cada indivíduo venha a ser “sufocado” pela maioria.

Afirma Konrad HESSE que “[...] a Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades e a força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever (*Sollen*)”. Portanto, para HESSE, a Constituição possui uma força normativa e é dessa carga normativa que advém sua supremacia e sua superioridade hierárquica em relação às outras leis⁷⁵.

Transportando-se essa constatação para o objeto do presente estudo, é mister reconhecer que ao estabelecer como um direito fundamental a participação no processo administrativo, o que o ordenamento constitucional pretende é, na devida medida, garantir que o administrado não se veja submetido de forma anti-democrática aos interesses da maioria, sob a nefasta blindagem de se tratarem de interesses públicos que devem prevalecer sobre os individuais.

No caso brasileiro, como já se apontou, a Constituição Federal de 1988 determinou a extensão da garantia do devido processo legal aos processos administrativos em geral, o que implica o reconhecimento de que todos os princípios processuais previstos constitucionalmente, e mesmo em nível legal, devem ser observados quando da formação da decisão administrativa através de um procedimento administrativo. Por essa razão é que se afirmou anteriormente que a expressão correta é processo, uma vez que este é o procedimento realizado em contraditório⁷⁶.

Assim, é de notar-se que ao ser incluído na esfera dos direitos e garantias fundamentais, o processo administrativo, mais do que simplesmente constitucionalizado, foi alçado à condição de cláusula pétrea (art.60, §4º, IV, da CF/1988)⁷⁷, confirmando a

⁷⁴ Os vocábulos *eu* e *outro* foram utilizados por Rosenfeld, naquele contexto, para se referirem, respectivamente, à *minoría* e à *maioría*.

⁷⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p.24.

⁷⁶ v. nota 62.

⁷⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 mai.2014.

imprescindibilidade de sua adoção para a formação da decisão administrativa, e revelando o seu papel contramajoritário na esteira do que já foi dito.

Nem sempre foi assim, porém. O processo administrativo somente mereceu tratamento constitucional a partir da Constituição Federal de 1934, quando emerge um regime processual disciplinador da perda do cargo dos servidores públicos⁷⁸, previsão essa que permaneceu, com pequenas alterações, até a Constituição Federal de 1998, sendo que somente nesta última foi que se previu a necessidade de um processo em qualquer situação em que houvesse litígio, ainda que na esfera administrativa, consoante previsto no já mencionado artigo 5º, inciso LV.

É exatamente essa imprescindibilidade que é observada por Ricardo Perlingeiro quando da análise do alcance e da finalidade do processo administrativo⁷⁹. Analisando a proposta de um Código Modelo de Processos Administrativos (judicial e extrajudicial) para Ibero-América⁸⁰, o referido autor anota que:

Nesse contexto, o procedimento administrativo – dotado de ampla defesa e de contraditórios efetivos – será prévio, de modo a legitimar a constituição de atos administrativos individuais com efeitos pontuais e restritivos de direitos ou interesse. Com iguais garantia, encontram-se incluídos na noção de procedimento administrativo o direito à impugnação ou o de recurso contra os atos ou decisões administrativa adotadas.⁸¹

Em nível infraconstitucional, foi somente em 1999 que o ordenamento jurídico brasileiro adotou uma lei geral do processo administrativo (lei 9.784/1999). Antes, o que se via era um emaranhado de leis esparsas acerca de procedimentos administrativos das mais diversas espécies, com exceção dos estados de Sergipe e Maranhão. Essa lei, conquanto trate de processo administrativo federal, vem sendo aplicada subsidiariamente aos processos administrativos no âmbito da administração estadual e municipal⁸².

⁷⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. Princípios e disposições gerais da Lei 9.784/1999. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.893, mar.63/99 p.65, 2010.

⁷⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os deságios da igualdade e segurança jurídica. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 13, n.68. p.93/125, 2011.

⁸⁰ Essa proposta da adoção de um Código Modelo de Processos Administrativos (judicial e extrajudicial) foi formulada em um texto aprovado na reunião ocorrida na *Universidad Libre de Colômbia*, em Bogotá, nos dias 28, 29 e 31 de março de 2011, e que foi aprovada na Assembléia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, nas jornadas processuais de 2012, em Buenos Aires. Os representantes brasileiros na referida reunião foram Ada Pellegrini Grinnover e Ricardo Perlingeiro. Fonte: <<http://iibdp.org/index.php/pt/atividades-e-eventos-passados/13-i-conferencia-internacional-de-la-asociacion-internacional-de-derecho-procesal-y-del-instituto-iberoamericano-de-derecho-procesal.html>> Acesso em: 13 mai. 2014

⁸¹ PERLINGEIRO, Ricardo. Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os deságios da igualdade e segurança jurídica. *Revista Interesse Público*. Op.cit., p. 104

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça MS 21894/RS, rel. Min. Arnaldo Esteve Lima. Brasília. DF, 17 DEZ 2007. No mesmo sentido, FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.1213.

A referida lei agasalhou vários dos princípios constitucionais voltados para o processo administrativo. Consoante observa Perlingeiro:

*Como se percibe, es característica del derecho administrativo brasileño una consticucionalización marcada por principios que acaban siendo reproducidos em la legislación infraconstitucional. De acuerdo a la Ley nº 9.784/99, se aplican a los procedimientos administrativos, también afectos a la Administración Pública, los principios de legalidad, finalidad, interés público, moralidad, igualdad, motivación, razoabilidad, proporcionalidad, publicidad, seguridad jurídica y e eficiencia, así como los principios procesales del debido proceso legal, de amplia defensa, contradicción, doble grado, duración razoable, oficiosidad, defensa técnica facultativa, buena fé procesal, protección de intereses colectivos y diifusos, imparcialidad, informalidad, prohibición de prueba ilícita, razonable duración administrativo e medidas cautelares.*⁸³

Não se pode, pois, acusar o legislador pátrio de omissão no tocante à tentativa de positar uma *processualidade administrativa*, o que representa evidente avanço em termos de garantia do cidadão frente à Administração Pública. Mais à frente serão abordados alguns aspectos específicos da lei 9.784/99 notadamente naquilo que interesse ao presente trabalho, ou seja, o processo administrativo previdenciário.

⁸³PERLINGEIRO, Ricardo. Los principios de procedimiento administrativo em Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica. In: ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef (Coord.). *Tendências Actuales del Procedimiento Administrativo em Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Eudeba, 2012, p. 317/318.

3. DIREITOS SOCIAIS E AS NOVAS PERSPECTIVAS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO

3.1. Direitos Sociais e sua roupagem após a Constituição Federal de 1988.

A concepção de que direitos naturais do homem antecedem à construção de qualquer sociedade política fortalece-se notadamente no século XVIII, principalmente a partir da Declaração da Virgínia, resultado da Declaração de independência dos Estados Unidos da América e da Declaração Francesa de 1789⁸⁴. Evidentemente que esse fortalecimento ocorre em um ambiente de cultura liberal-burguesa pela própria característica das sociedades modernas de então, o que, no entanto, não retira a importância do reconhecimento e da afirmação de direitos do homem, ao menos no mundo dito ocidental. Esses novos direitos foram frutos, segundo leciona Norberto Bobbio, da compreensão de que uma maior quantidade de bens mereceria a devida tutela e de que o homem não poderia ser visto apenas como ser genérico e abstrato, mas na sua “[...] especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc.”⁸⁵.

Esses novos direitos, no entanto, algumas vezes designados simplesmente como direitos do homem, em outras como direitos humanos ou fundamentais⁸⁶, não foram reconhecidos ou implantados todos ao mesmo tempo, sendo que, em geral, os constitucionalistas referem-se a essas etapas na progressão histórica da conquista de tais direitos pelos termos *gerações* ou *dimensões*⁸⁷.

Na primeira dimensão situam-se os direitos civis e políticos, ou seja, aqueles vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de repressão⁸⁸. Os de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, enquanto que os de terceira dimensão são aqueles denominados metaindividuais,

⁸⁴WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.4.

⁸⁵BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 73.

⁸⁶Para alguns autores, como Paulo Bonavides, deve-se distinguir as expressões direitos humanos de direitos fundamentais, sendo que os primeiros devem ser compreendidos como aqueles inerentes a todo e qualquer homem em qualquer lugar do mundo, e os segundos como aqueles assegurados de maneira jurídico-institucional em determinados espaço e tempo, ou seja, aqueles positivados em sistema jurídico estatal. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 579.

⁸⁷Não se mostra relevante aos propósitos deste trabalho o aprofundamento da questão de qual seria a expressão mais adequada, bastando, para tanto, ressaltar que aqueles que preferem a expressão *dimensão* em vez de *geração* o fazem por entender que os “[...] os direitos não são substituídos ou alterados de tempo em tempo, mas resultam num processo de fazer-se e de complementariedade permanente.”. WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. Op. cit., p. 6.

⁸⁸Ibidem, p. 7.

bem como os coletivos, os difusos, e os de solidariedade⁸⁹. Existe a tendência, ainda, de se reconhecer a existência de direitos de quarta e até de quinta dimensões, dentre os quais, para alguns, estariam o direito à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética⁹⁰, enquanto que para outros esses direitos seriam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, além do direito à paz^{91 92}.

Apesar dos embates doutrinários quanto à existência, ou não, de algumas dessas dimensões de direitos do homem e até mesmo quanto ao adequado posicionamento deles em uma ou outra (dimensão), o certo é que, alusivamente aos direitos sociais, não há divergência relevante no que se refere à sua existência e ao fato de integrarem os denominados direitos de segunda dimensão. Considerando que o foco do presente trabalho está na efetiva materialização do direito previdenciário no âmbito do processo administrativo, e estando a previdência social elencada como um dos direitos sociais no artigo 6º da Constituição Federal⁹³, passa-se ao largo daquelas discussões, eis que desnecessárias para a compreensão do atual estágio dos direitos sociais no Brasil.

No que se refere aos direitos sociais em geral, é preciso destacar que desde os fins do Século XIX, e mais especificamente a partir do segundo pós guerra, não mais se concebe um Estado que se limite a garantir os direitos civis e políticos do cidadão, os denominados direitos de primeira dimensão ou geração, pois a partir do *resgate* dos direitos humanos como uma nova compreensão do tão vilipendiado jusnaturalismo, os denominados direitos de 2ª dimensão (econômicos, sociais e culturais) passam a ser incorporados aos discursos políticos e jurídicos. Esse resgate somente se mostrou possível a partir de um novo paradigma, o da Filosofia do Direito, que “[...] é uma resposta ao processo de crescente positivação do Direito pelo Estado[...]”⁹⁴.

A partir dessa reflexão, afirma-se que sociais são aqueles direitos que buscam garantir aos indivíduos condições materiais tidas por imprescindíveis para o pleno gozo de sua condição humana e que, por isso, implicam na necessidade de que o Estado intervenha na

⁸⁹ Há certa divergência entre os autores acerca de quais direitos deveriam ser entabulados em cada uma das dimensões. Assim, p.ex., diferentemente de Wolkmer, que situa os direitos coletivos, metaindividuais e difusos no âmbito da 3ª dimensão, Paulo Bonavides situa-os ainda na 2ª dimensão, reservando para a 3ª dimensão os denominados direitos relacionados à fraternidade, que para ele representa muito mais do que meramente os denominados direitos coletivos. A propósito, vide: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op.cit., p. 587.

⁹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 13.

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op.cit., p. 591.

⁹² Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar desses supostos direitos de quarta e de quinta dimensão, questiona a própria existência dessas dimensões, afirmando que tais direitos ainda aguardam sua consagração na esfera do direitos internacional e das ordens constitucionais internas. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang e outros. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p.263.

⁹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 fev. 2015.

⁹⁴ LAFER, Celso. Op.cit., p.17.

ordem social para assegurar os critérios de justiça distributiva. Diversamente do que ocorre com os direitos de primeira dimensão, onde a atuação do Estado é de reprimir situação que possam aniquilá-los, os sociais, para que se concretizem, dependem de uma atuação estatal positiva com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais. Nesse contexto, o denominado *constitucionalismo social*, surgido com as Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), inspirava-se num ideal de democracia que trouxesse igualdade e que superasse o constitucionalismo liberal, com o fortalecimento de uma esfera pública que propiciasse a inclusão das novas massas excluídas da dinâmica social⁹⁵.

No âmbito constitucional brasileiro, foi a Constituição de 1934 que, com o esgotamento do pretenso liberalismo da Velha República, fez surgir um constitucionalismo social norteado pelo ideal democrático de igualdade material, que consubstanciou, ao lado dos tradicionais direitos individuais, típicos do constitucionalismo liberal, um crescente rol de direitos sociais que passam a demandar um número maior de prestações a serem implementadas direta ou indiretamente pelo Estado⁹⁶.

Fazendo um sobrevôo pela história constitucional brasileira de 1934 até 1988 – perpassando a experiência democrática de 1946 e o retrocesso golpista de 1967 – vamos encontrar um ambiente bastante diferente em termos de direitos sociais na experiência da nova redemocratização ocorrida com a Carta Constitucional de 1988. O constituinte de 1988, inspirado pelo momento e pelas novas dimensões atribuídas ao Estado enquanto garantidor social, propôs-se a perseguir os valores de uma sociedade fraterna, pluralista, buscando reduzir as desigualdades sociais e regionais, notadamente a partir da conferência de vários direitos sociais a serem prestados pelo Estado.

De fato, esses direitos sociais na Constituição Federal de 1988 funcionalizam-se como direitos prestacionais a partir de cinco grandes propostas estabilizadoras das relações, a saber: (i) as relativas ao trabalho; (ii) as atinentes à seguridade social, incluídos os direitos fundamentais à saúde, à previdência e à assistência social; (iii) à educação e à cultura; (iv) aos

⁹⁵ A respeito dessa reconfiguração dos direitos sociais em sede constitucional, transcreve-se o seguinte trecho de artigo do professor Eduardo Henrique Lopes Figueiredo e Liliana Lyra Jubilut: "Os direitos sociais são insistentemente conectados à experiência político republicana alemã entre os anos de 1919-1933. Para tanto, a experiência político-jurídica da Constituição de Weimar é lembrada, tão só simplesmente invocada como período do pós-guerra, no qual políticas de conteúdo social obtiveram previsão constitucional. Deixadas de lado questões políticas e as ricas reflexões sobre o Estado e o direito, passa a ter relevo, desde então, juntamente com a experiência européia, a experiência constitucional do México, em 1917. Essa Constituição é lembrada, de igual modo, recorrentemente, como texto político no qual direitos sociais foram tratados juridicamente." FIGUEIREDO, E.H.L.; JUBILUT, L.L. Horizontes para a epistemologia dos direitos sociais. In: TOLEDO, Cláudia (org.) *Direitos Sociais em Debate*. Rio de Janeiro:Elsevier, 2012, p. 240.

⁹⁶ PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, Estado e Direito Administrativo no Brasil. *Direito em ação*, Brasília, v.8 n.1, janeiro 2012, p.256.

direitos atribuídos à família, incluídos os das crianças e dos adolescentes, bem como aos idosos; e, por fim, (v) aqueles relativos ao meio ambiente⁹⁷.

Essa constatação se opera não somente a partir da leitura do artigo 6º da Constituição Federal do Brasil⁹⁸, o qual relaciona os direitos que são considerados constitucionalmente sociais, mas também ao se compulsar o título VIII relativo à Ordem Social, onde se destacam as várias relações sociais anteriormente mencionadas, cuja fundamentalidade será mais à frente abordada.

Esse panorama constitucional, conquanto positivado em 1988, consolida-se, na prática, de maneira paulatina; melhor explicando, a implementação efetiva desses direitos sociais ocorre através de um processo gradual de sedimentação de uma democracia constitucional, processo esse que se apresenta possível de realização com a convicção de que um sistema político justo deve respeitar e promover direitos fundamentais – aí inclusos os direitos sociais – o que, evidentemente, reflete de maneira bastante contundente no direito administrativo, diante de novas perspectivas e visões acerca do papel do Estado⁹⁹.

Seria ingênua, contudo, a afirmação de que os direitos sociais, após mais de um quarto de século de vigência da Constituição Federal de 1988, estariam todos definitivamente conferidos ao cidadão de maneira uniforme e asseverar que o seu processo de paulatina implementação não teria sofrido retrocessos seria demasiadamente pueril. No dizeres de Luís Roberto Barroso - após elencar várias normas da Constituição que, segundo ele, ressoam inócuas - há uma certa *frustração constitucional* na medida em que “[...] por causas que em seguida se procurará identificar e remediar, não se tem realizado efetivamente, no dia-a-dia da vida do cidadão, o ideário constitucional, que se torna, assim, vazio e vão.”¹⁰⁰.

Com efeito, a consolidação dos direitos sociais enfrenta dificuldades inerentes à própria natureza jurídica que a doutrina usualmente atribui às diversas normas constitucionais¹⁰¹. Como bem observa Ingo Sarlet acerca dessa dificuldade:

⁹⁷ MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A fundamentalidade do direito previdenciário no Brasil. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/262-artigos-abr-2014/6480-a-fundamentalidade-do-direito-previdenciario-no-brasil>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

⁹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 mar.2015.

⁹⁹ PESSOA, Robertônio Santos. Op.Cit., p.284.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.63.

¹⁰¹ José Afonso da Silva trabalha com uma tríplice classificação da norma constitucional quanto aos seus efeitos: a) normas constitucionais de eficácia plena e imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; b) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático), em geral dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus direitos. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p.47.

A objeção mais comum, embora atualmente menos utilizada, diz respeito ao argumento de que as normas de direitos sociais, especialmente na sua condição de direitos a prestações, seriam normas de cunho meramente programático, ou, quando muito, normas impositivas de programas, fins ou tarefas, que (diversamente das normas meramente programáticas) teriam alguma eficácia vinculativa, mas não poderiam, sem prévia manifestação legislativa, servir de fundamento para a dedução direta (da constituição) de deveres cogentes de prestação por parte do Estado e um correspondente direito originário a prestação.¹⁰²

Esse obstáculo costuma ser afastado pela doutrina e pela jurisprudência sob o argumento de que, ao se compreender os direitos sociais como direitos fundamentais – assunto que trataremos no tópico seguinte – é inarredável a conclusão de se tratarem de direitos subjetivos – e, portanto, exigíveis de imediato – ainda que submetidos a limites decorrentes de princípios e de outros direitos a nível constitucional¹⁰³.

Em segundo lugar – e com certeza um argumento bem mais proeminente nos tempos atuais – a dificuldade maior que se revela no campo da efetivação dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos do cidadão é a denominada *reserva do possível*, ou seja, a análise econômico-financeira do impacto orçamentário para o Estado de cada uma das prestações ditas sociais que a ele incumbir. Como bem anota Sarlet, “[...] o custo das prestações materiais assume importância crescente na análise da eficácia e efetividade dos direitos sociais na condição de direitos a prestações.”¹⁰⁴.

Note-se que essas dificuldades, conquanto mais relevantes em países que, como o Brasil, sofrem de um déficit social mais acentuado, incomodam também os estudiosos de países do denominado *primeiro mundo*¹⁰⁵. Assim, Martin Borowski, livre-docente na Universidade de Kiel, Alemanha, ao discorrer sobre a estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental daquele país, trata das questões relativas ao caráter vinculativo das normas que prevêm tais direitos, aborda a natureza *prima facie*¹⁰⁶ dos direitos sociais e, por fim, propugna pela adoção de um modelo teórico de direitos fundamentais sociais mais associado à garantia da liberdade do cidadão. Conclui o autor em seu artigo:

Com isso, evidenciou-se que direitos fundamentais sociais são concedidos através de normas vinculantes e que eles representam direitos *prima facie* amplamente subjetivados a prestação estatais no interesse da liberdade fática do indivíduo. Da mesma forma, que os direitos de defesa e as outras formas

¹⁰² SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. Op.cit., p. 559.

¹⁰³ Ibidem, p.560.

¹⁰⁴ Ibidem, p.560.

¹⁰⁵ A expressão primeiro mundo é comumente utilizado para se referir aos países que possuem características comuns, como economias fortalecidas, altos índices de industrialização, elevado nível tecnológico, além de suas populações apresentarem indicadores sociais elevados, tais como boa qualidade de vida, bons rendimentos, baixos níveis de analfabetismo, boa expectativa de vida, entre outros. Cf. FREITAS, Eduardo. *Primeiro, segundo e terceiros mundos*. Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com/geografia/primeiro-segundo-terceiro-mundo.htm>> Acesso em: 05 abr. 2015.

¹⁰⁶ A respeito da definição de norma *prima facie*, vide nota n. 436.

dos direitos fundamentais a prestação na Lei Fundamental, - em especial, os direitos fundamentais de proteção – os direitos fundamentais sociais são concretizados, basicamente, pela ponderação, segundo o critério do princípio da proporcionalidade.¹⁰⁷

Essa opção pela ponderação, a partir do princípio da proporcionalidade – opção essa compreensível, considerando que o indigitado professor é oriundo da mesma academia onde leciona Robert Alexy – não significa, porém, uma total submissão à cláusula da reserva do possível, pois, embora admitindo-a (a cláusula) ele a enxerga não como uma “carta branca” em favor do Estado para que este simplesmente descumpra o seu papel prestacional escudado em critérios puramente econômico-financeiros. Ele a compreende como uma medida daquilo que o indivíduo pode reivindicar da sociedade a partir da definição de um padrão social médio que se entenda razoável para uma vida digna¹⁰⁸.

De toda forma, ainda que com avanços e retrocessos e mesmo tendo que superar obstáculos de toda sorte, notadamente os dois últimos abordados, é inafastável a constatação de que o processo de consolidação dos direitos sociais como efetivos direitos subjetivos do indivíduo segue avançando no Brasil, para o que tem sido decisivo o papel do Poder Judiciário, ainda que para isso tenha que enfrentar as críticas acerca de seu protagonismo ou ativismo judicial¹⁰⁹.

3.2. A fundamentalidade dos direitos sociais previdenciários

Apresentado no tópico anterior um breve panorama do atual estágio em que se encontram os direitos sociais no Brasil, o foco passa a ser direcionado à investigação acerca dos direitos sociais ditos previdenciários. E as perguntas que se apresentam pertinentes neste momento são as seguintes: a) os direitos previdenciários são efetivamente fundamentais? b) diante de uma resposta afirmativa a essa primeira indagação, em que consistiria essa fundamentalidade dos direitos previdenciários? c) seriam eles (os direitos previdenciários) “mais fundamentais” do que outros direitos sociais?

¹⁰⁷ BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (org.) *Direitos Sociais em Debate*. Op.cit., p. 48.

¹⁰⁸ Ibidem, p.45.

¹⁰⁹ O ativismo judicial e o protagonismo do Judiciário no que tange às políticas públicas, notadamente na área dos direitos prestacionais, vêm sendo temas recorrentes na doutrina nacional e alienígena. Os favoráveis afirmam que sem essa atitude proativa do Judiciário, muitos dos direitos sociais ficariam esvaziados por falta de efetividade. Os críticos, por sua vez, argumentam no sentido da falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para decidir acerca da alocação de recursos para a dedução daqueles direitos, papel que estaria reservado ao Poder Legislativo e, em certa medida, ao Poder Executivo. Evidentemente não será possível – e nem é essa a proposta do presente trabalho – abordar com profundidade tais discussões nesta oportunidade.

Para tentar responder a essas indagações, primeiro há que se investigar, ainda que de maneira breve, a dimensão da expressão *direitos fundamentais*. Conquanto não possam ser tomadas como sinônimas, as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos* teriam, para muito autores, a mesma origem histórica, pois estariam relacionadas à ideia de que os homens possuem direitos naturais que antecedem a qualquer sociedade política¹¹⁰. Essa historicidade dos direitos fundamentais é apontada por Norberto Bobbio ao afirmar que:

[...] os direitos do homem [...] são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma por todas.¹¹¹

Por essa perspectiva histórica, costuma-se registrar o nascimento – na concepção que hoje os compreendemos – dos direitos humanos no ano de 1628, com a assinatura na Grã-Bretanha da Petição dos Direitos, a qual consagra os direitos de liberdade política e individual do povo inglês, além do *Habeas Corpus Act*, de 1679, que protegia o indivíduo contra as arbitrariedades das prisões¹¹². Mas, sem dúvida alguma, os grandes marcos históricos da fundação desses direitos – na visão daqueles que propugnam aquela perspectiva histórica – em virtude da enorme influência que exerceram no mundo ocidental, foram a Carta de Virgínia de 1776 (Independência dos Estados Unidos) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França revolucionária de 1789. Ainda como balizas importantes nessa evolução, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, a Convenção Européia dos Direitos do homem e das Liberdades Fundamentais datada de 1953 e, mais recentemente, a criação do Tribunal Penal Internacional no ano de 1998¹¹³.

Essa imbricação quase que linear direitos humanos→direitos fundamentais, não acarreta grandes percalços epistemológicos se apresentada sob o viés de algumas das ciências sociais que a estudam com um enfoque eminentemente teórico, como a filosofia e a sociologia. Para o Direito, no entanto, exatamente por ser uma ciência que necessita trabalhar com o aspecto prático da conferência e dedução de direitos subjetivos aos indivíduos, são muitas as dificuldades de embasamento dos direitos fundamentais pelas matrizes jurídicas. Isso porque, se numa visão idílica, permitida apenas no campo teórico (e utópico), direitos fundamentais seriam aqueles que deveriam ser conferidos ao homem em sua integralidade, para satisfação de todas as suas necessidades, interesses, gostos e vontades de maneira

¹¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 4.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. Op.cit., p.5

¹¹² DORTIER, Jean-François. *Dicionário de Ciências Humanas*. São Paulo. Martins Fontes, 2010. p.141.

¹¹³ Ibidem, p.142

ilimitada, a realidade – e é nesta em que o Direito opera – é bem mais *cruel*, pois os bens a serem conferidos a cada um são finitos, enquanto que as necessidades do homem enquanto ser que ambiciona são crescentes.

Se não há como conferir tudo a todos, o problema dos direitos fundamentais irá sempre retomar a velha discussão acerca do que seja justo. Sobre isso, Karl Larenz, a partir da obra de Perelman, anota as seis formulações, sob a forma de tópicos, que devem dar indicações sobre o que seria justo:

1. A cada um o mesmo.
2. A cada um segundo seus méritos.
3. A cada um segundo suas obras.
4. A cada um segundo suas necessidades.
5. A cada um segundo a sua posição.
6. A cada um segundo o que é devido por lei¹¹⁴.

Como bem anota Larenz, essas proposições se contradizem mutuamente se aplicadas sem reservas, sendo certo que “[...] o resultado só pode ser um conceito de justiça cujo preenchimento de conteúdo tem de ser deixado em aberto”¹¹⁵. Transportando essa conclusão para o campo dos direitos fundamentais, percebe-se o quão problemático é conceituar juridicamente tais direitos.

No espectro dos direitos fundamentais tradicionalmente alocados na primeira dimensão, ou seja, aqueles relacionados à liberdade, igualdade, propriedade, segurança e resistência às diversas formas de repressão¹¹⁶, essa dificuldade não transparece tão aguda, já que remete a uma postura em regra passiva por parte do Estado e da sociedade. Contudo, para aqueles direitos da denominada segunda dimensão - onde se situam os fundamentais sociais e, principalmente, os de cunho previdenciário - os quais necessitam de uma atividade prestacional do Estado/sociedade, o problema se agiganta.

Alguns autores, como a alemã Gertrude Lübke-Wolff relacionam os direitos fundamentais sociais com o princípio do Estado Social, na medida em que é este que irá fornecer os elementos necessários para interpretar e implementar o princípio da igualdade real

¹¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p243.

¹¹⁵ Ibidem, p.243.

¹¹⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 7.

previsto no art. 3º, I, da Lei Fundamental Alemã. Com isso, torna-se possível, segundo a autora, diferenciar benefícios conforme o nível de necessidade de proteção social¹¹⁷.

Outro alemão, o já mencionado Martin Borowski, prefere associar os direitos fundamentais sociais não à igualdade, mas à liberdade jurídica. Afirmar o autor:

Os direitos fundamentais sociais, como direitos “a algo”, representam uma classe parcial dos direitos fundamentais a prestações em sentido amplo. A delimitação em relação a outros direitos a prestações, em sentido amplo, pode trazer problemas, o que, porém, não é prejudicial quanto à estrutura. Dentro dos direitos fundamentais a prestações, em sentido amplo, um problema de direitos fundamentais representará um problema de direitos fundamentais sociais, sempre que um indivíduo depender urgentemente da ajuda financeira ou material do estado para exercer a sua liberdade jurídica.¹¹⁸

Essa associação à liberdade individual também é apresentada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, para quem os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos “[...] contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”¹¹⁹.

Ainda assim permanece o problema de como encontrar uma sistematização e uma metodologia adequadas que permitam identificar os direitos sociais como direitos fundamentais no Brasil. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo e Liliana Lyra Jubilut entendem que isso somente é possível - dada a morfologia e o conteúdo constitucionais dos direitos fundamentais - a partir de uma investigação que envolva três eixos teóricos, também denominados horizontes: o eixo fundamentador, o eixo histórico-descritivo e o eixo de aplicação dos direitos sociais¹²⁰.

Conquanto não seja possível, nos estreitos limites deste tópico, percorrer a profunda análise perpetrada pelos indigitados autores, fato é que, a título de conclusão, eles afirmam que os direitos sociais são efetivamente direitos fundamentais, mesmo que a sua efetiva realização como instrumento de proteção do ser humano ainda dependa do “[...] resgate da modernidade e de suas crises [...] e do deslinde da trama da modernidade jurídica [...]”¹²¹.

¹¹⁷ LÜBBE-WOLFF, Gertudre. O princípio do estado social na jurisprudência do tribunal constitucional alemão. In: TOLEDO, Cláudia (org.) *Direitos Sociais em Debate*. Op.cit., 9.

¹¹⁸ BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (org.) *Direitos Sociais em Debate*. Op. cit., p. 17/18.

¹¹⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e Características do Direitos Fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.), *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – Estudos em Homenagem a J.J. Canotilho*. São Paulo: RT, 2008. p. 122.

¹²⁰ FIGUEIREDO, E.H.L.; JUBILUT, L.L. Horizontes para a epistemologia dos direitos sociais. In: TOLEDO, Cláudia (org.) *Direitos Sociais em Debate*. Op.cit., p. 241.

¹²¹ Ibidem, p. 266

Há aqueles¹²² que preferem explicar os direitos fundamentais sociais sob uma perspectiva que os considere como diferenciação funcional entre os sistemas biológico e jurídico, a partir de uma visão sistemático-autopoiética¹²³ escorada nos ensinamentos de Niklas Luhmann. Se todo ambiente possui um processo de constante diferenciação de seus elementos em sistemas e subsistemas, os direitos fundamentais podem ser encarados como um subsistema autônomo em relação ao meio jurídico; porém, esse subsistema, conquanto autônomo, integra um sistema maior que é o sistema jurídico.

Nessa perspectiva, por ser um subsistema autônomo em relação ao sistema jurídico, os direitos fundamentais não podem ser considerados estritamente fechados às influências sociais tal como deseja a teoria positivista¹²⁴. No entanto, por integrarem o sistema jurídico – já que se trata de um subsistema – há que se perceber que os direitos fundamentais não podem se apresentar como um sistema demasiadamente aberto, como parece pretender a hermenêutica jurídica¹²⁵. “Sua estrutura permite uma abertura às mutações que ocorrem nas formas de adimplemento das necessidades humanas, mantendo, no entanto um fechamento do seu conteúdo essencial.”¹²⁶.

Os direitos fundamentais atuam como diferenciação funcional entre o sistema jurídico e o sistema biológico exatamente porque tais direitos dizem respeito às necessárias condições para a manutenção do ser humano no meio, sendo que essas necessidades humanas são parametrizadas através de critérios extrajurídicos. Uma vez parametrizadas, serão essas necessidades humanas alçadas ao *status* de direitos fundamentais, os quais impactarão no

¹²² TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoiética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

¹²³ De antemão, mister esclarecer que a Teoria dos Sistemas e as demais obras e pensamentos de Niklas Luhmann não são o referencial teórico na abordagem do tema principal do presente trabalho, qual seja, a análise do processo administrativo previdenciário em uma dimensão dialógica, cujo pano de fundo são as teorias de Jürgen Habermas. No entanto, especificamente quanto ao tópico relativo à fundamentalidade dos direitos sociais previdenciários, a perspectiva sistêmica-autopoiética é assaz interessante por explicar a razão pela qual o subsistema daqueles direitos, apesar de estar inserido no sistema jurídico, consegue se destacar dentre os demais elementos que compõem o meio circundante ao qual está vinculado, uma vez que as necessidades humanas *perturbam* aquele subsistema. TRINDADE, André. Op. cit., p. 131

¹²⁴ Para este autor, a insuficiência do (neo)positivismo de Kelsen como modelagem jurídica dos direitos fundamentais estaria exatamente na pressuposição - necessária para a sustentabilidade do modelo proposto – de uma igualdade que não está presente no mundo fático. Isso porque, no sistema piramidal de validação de cada uma das normas jurídicas, o positivismo encontra o ponto final na Constituição do Estado, a qual, por sua vez, tem sua validade atrelada à norma hipotética fundamental. Há, assim, a necessidade de um fechamento do escalonamento normativo em torno do Estado, com a utópica tentativa de isolar-se de influências do meio externo. TRINDADE, André. Op. cit., 31

¹²⁵ Na perspectiva da teoria hermenêutica de Ronald Dworkin, ocorre um incremento da carga valorativa na matriz jurídica dos direitos fundamentais sociais, já que o discurso principiológico está sempre presente quando são enfrentadas as questões relativas a dedução e efetivação desses direitos. Para André Trindade, entretanto, não obstante a hermenêutica, como matriz jurídica para compreensão dos direitos fundamentais, tenha contribuído sobremaneira para a ampliação da adequação do Direito à realidade social, ela, ainda que afirme o contrário, acarretou um retrocesso no que se refere às expectativas de uma *segurança jurídica socialmente efetiva*, na medida em que abre o sistema jurídico para as influências da subjetividade do julgador.

¹²⁶ TRINDADE, André, Op.cit., 135.

sistema jurídico, quer positivando-os nos textos normativos, quer influenciando a decisão do julgador.

Essas necessidades humanas, por sua vez, seguem uma hierarquia¹²⁷. Na base da pirâmide estão as necessidades fisiológicas (fome, sede, etc), seguidas pelas necessidades de segurança (segurança, proteção), necessidades de amor (filiação, aceitação, sentimento de pertencer a um grupo), necessidades de estima (realização, aprovação, competência e reconhecimento), até o ápice da pirâmide onde se situam as necessidades de auto-realização (auto-realização e uso das potencialidades individuais).

Embora haja certa circularidade nas pretensões de satisfação dessas necessidades, de modo que o desejo do ser humano é pela satisfação de todas elas indistinta e imediatamente, as carências apresentam-se mais evidentes à medida que se percorre a pirâmide de cima para baixo. Assim, a preocupação mais imediata é a de satisfazer as necessidades que se encontram mais abaixo na escala, enquanto que as demais vão sendo descortinadas na proporção da satisfação das anteriores.

A partir dessa perfunctória exposição de alguns posicionamentos que tentam explicar a fundamentalidade dos direitos sociais, o que fica evidente é a dificuldade em se definir, conteudisticamente, quais são os direitos fundamentais. Não parece haver muito problema no que se refere às conseqüências inerentes à característica de fundamentalidade, qual seja, a de se tratar de um direito que deva merecer especial proteção por parte de um Estado que se autodenomine “democrático de direito”. Contudo, saber se este ou aquele direito deva ser considerado efetivamente fundamental é a grave questão que se apresenta.

A tentativa de se buscar a resposta em explicações as quais poderiam ser tachadas de *metafísicas* não parece ser o melhor caminho. De fato, apelar para *normas superiores transcendentais* ou aos direitos humanos sugere um retorno à idéia jusnaturalista de que o homem, pelo simples fato de ser pessoa humana, deveria possuir direitos inerentes a essa sua condição, os quais não poderiam ser dele retirados. Entretanto, a dúvida ainda persistiria: acerca de quais seriam, concretamente, esses direitos, o que, por fim, resultaria em subjetivismos e indefinições com conseqüências nefastas para a segurança jurídica.

Alternativa interessante pode ser encontrada na teoria discursiva de Jurgen Habermas¹²⁸, notadamente em sua aplicação ao direito. Como se verá mais à frente, para

¹²⁷ A propósito da hierarquia das necessidades humanas, vide a pirâmide formatada por Abraham Maslow apud DAVIDOFF, Linda L. *Introdução à psicologia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983. p. 328.

¹²⁸ Mais à frente, nos capítulos 4 e 5, essa teoria será estudada um pouco mais detalhada, sendo que por ora serão apenas delineadas algumas de seus pontos fulcrais necessários à exposição do ponto relativo à fundamentalidade dos direitos sociais previdenciários.

Habermas uma das funções do direito é exatamente o de generalizar motivos e valores que deverão ser positivados para antecipar consensos em uma interação intersubjetiva¹²⁹. E para ele, os direitos fundamentais e a soberania popular carregam consigo estruturas pós-convencionais de moralidade que irão fundamentar o direito positivo, havendo, assim, uma generalização de valores em níveis cada vez mais abstratos¹³⁰. No entanto, em sua visão, “[...] nem as minorias privilegiadas e nem mesmo uma instância mítico-religiosa podem impor suas decisões legitimamente através da vontade do direito”¹³¹, uma vez que a legitimidade deve decorrer da expressa vontade de todos os cidadãos, e não a partir de uma herança metafísica do direito natural, ou seja, a partir da subordinação do direito positivo ao direito natural ou moral¹³².

Habermas irá aprimorar essa perspectiva para entender que tanto o direito, quanto a moral são co-produzidos nos discursos públicos de formação livre da vontade e da opinião, donde a moral passa a integrar os próprios princípios constitucionais¹³³. E como para ele esses discursos públicos somente serão legítimos se observado o poder comunicativo que advém da esfera de autonomia pública dos cidadãos, serão fundamentais aqueles direitos que, no âmbito de um discurso de justificação, típico do processo legislativo, forem assim definidos de forma consensual pelos integrantes de uma comunidade. Ou seja, na visão habermasiana, o problema de relação entre as liberdades subjetivas (privadas) e a autonomia política (pública) dos cidadãos não pode ser resolvido a partir de uma tradição metafísica do direito natural, onde o direito positivado deveria ser corrigido pela moral¹³⁴. Na verdade, o que há é uma cooriginariedade entre direito e moral, de maneira que a última estará *embutida* no direito positivado a partir do momento em que for considerada quando da elaboração das normas, em respeito ao princípio da democracia¹³⁵.

Considerando que a teoria discursiva do direito de Habermas¹³⁶ é eminentemente formal, não propondo qualquer espécie de conteúdo, mas apenas um procedimento discursivo

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v.I. p. 59.

¹³⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p.80.

¹³¹ Ibidem, p.141.

¹³² Ibidem, p.142.

¹³³ Ibidem, p. 115.

¹³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* v.I. Op.cit., p. 115.

¹³⁵ Ibidem, p. 140.

¹³⁶ Para Habermas, princípio moral e princípio da democracia expressam significações distintas. O princípio da democracia diz respeito a um procedimento de normatização legítima do direito, de maneira a que somente poderiam pretender validade legítima “[...] as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva.” Já o princípio moral “[...] funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais.” Ibidem, p. 145.

que preencha algumas regras¹³⁷, não se encontra em Habermas nenhuma alusão sobre quais seriam, materialmente falando, os direitos fundamentais dentro de uma sociedade. Esses serão *definidos*, portanto, a partir de um diálogo formatado nos moldes da teoria discursiva, sempre em observância ao princípio da democracia, sendo que mesmo após se chegar a um consenso este será provisório; ou seja, prevalecerá até que surjam novas problematizações, novas pretensões de validade criticáveis, sendo aí necessária, novamente, a instauração do procedimento para a busca do melhor argumento¹³⁸.

Na verdade, Habermas trabalha com a idéia de que os direitos fundamentais advêm da institucionalização jurídica de um processo de autolegislação democrática¹³⁹, ou seja, de que uma legislação verdadeiramente democrática é aquela em que todos devem decidir o mesmo para todos. Por isso é que ele irá propor a idéia de que a soberania popular se revela de modo procedimentalizado, tanto na produção quanto na aplicação do direito, pois a legitimidade do direito positivo não residiria em princípios substantivos de justiça muitas vezes decorrentes de uma vontade política obtida no passado entre “[...] membros de um povo homogeneizado num momento pré-político.”¹⁴⁰. A legitimidade estaria, pois, na adoção de um processo democrático que observe um procedimento verdadeiramente discursivo, onde todos possam participar, sem coerções, e que, com isso, preencha as lacunas da integração social.

Há que se ressaltar que Habermas entende que inexistente prevalência - no momento da criação e da aplicação do direito como mecanismo de integração social - entre as autonomias públicas e privadas, eis que ambas devem coexistir no processo discursivo¹⁴¹. Portanto, como será destacado mais adiante, para ele, nem o Estado Liberal nem o Estado Social conseguem dar uma resposta satisfatória enquanto paradigmas de institucionalização do direito. Enquanto no primeiro prevalece a autonomia privada dos cidadãos em um ambiente em que se suponha que a mera delimitação das esferas de liberdades individuais seria suficiente para garantir a justiça social¹⁴², no Estado Social, por outro lado, corre-se o risco das conseqüências secundárias de um paternalismo sócio-estatal. Entretanto, mister ressaltar que Habermas não deixa de reconhecer a necessidade de que em sociedades desiguais – como é o caso do Brasil – haja a necessidade da introdução de direitos fundamentais. Assim:

¹³⁷ No item 5.1 serão vistas as regras do discurso de Habermas.

¹³⁸ SIMIONI, Rafael Lazarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p.532.

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 162.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 163.

¹⁴¹ Esse tema será mais detidamente abordado no item 4.4.

¹⁴² HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Op. cit., p. 302.

Se o teor normativo da igualdade de direitos jamais chegou a se converter no inverso de si mesmo, não deixou de ser necessário, por um lado, especificar o conteúdo das normas vigentes do direito privado, nem, por outro lado, introduzir direitos fundamentais de cunho social que embasassem as reivindicações de uma distribuição mais justa da riqueza produzida em sociedade e de uma defesa mais efetiva contra os perigos produzidos socialmente.¹⁴³

Portanto, mesmo em Habermas, cuja idéia de democracia contida no princípio discursivo não comporta, em sua formatação, a fixação de conteúdos que devam ser necessariamente previstos no direito – já que isso depende do consenso e das negociações dos autores na descoberta do melhor argumento – fica clara a compreensão de que em ambientes onde grassa um enorme abismo entre os cidadãos no tocante à possibilidade de expressão das autonomias privadas nos espaços públicos de interação, são necessários o estabelecimento de direitos sociais mínimos que diminuam o fosso social. Essas definições, por sua vez, serão assaz importantes, pois, na medida em que surgem novas aspirações jurídicas no seio da sociedade – cujo processo de mudança também pode ser institucionalizado na forma discursiva do direito - a justificação para tais modificações sempre deverá levar em conta “[...] a necessidade de um melhor aproveitamento dos direitos fundamentais, em igualdade de chances, diante das dinâmicas e transformações nas condições sociais, técnicas e ecológicas da sociedade.”¹⁴⁴.

Evidentemente, o conteúdo moral que permeia os discursos públicos onde se definem os direitos previdenciários como fundamentais – como ocorre no ordenamento jurídico constitucional brasileiro - reside exatamente na necessidade de satisfação das primeiras necessidades humanas, as fisiológicas e as de segurança, em especial naquelas situações em que fatores de ordem temporal (idade) e de infortúnio (doença) acarretam a impossibilidade de que a pessoa as satisfaça para si ou para aqueles que dela dependa, sem o auxílio da sociedade/Estado

3.3 A modelagem normativa do processo administrativo previdenciário

Com o pressuposto da fundamentalidade dos direitos sociais previdenciários, a preocupação se volta agora para a compreensão do instrumento principal através do qual tais direitos são conferidos às pessoas que se apresentam perante o Estado, reivindicando-os. Geralmente, essas pretensões dos cidadãos relativamente à concessão de benefícios

¹⁴³ Ibidem, p.302.

¹⁴⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 162

previdenciários são apreciadas e decididas a partir de uma atividade administrativa bastante simplificada, notadamente quando a análise restringe-se a documentos e/ou a fatos que são conhecidos pela própria administração previdenciária, através de mera conferência de dados cadastrais. Em tais situações, conquanto formalmente haja referência a um “processo administrativo”, substancialmente o que se percebe é a prática de um mero ato administrativo de singela formatação¹⁴⁵.

Entretanto, não raramente, a demanda apresentada pelo cidadão perante o órgão previdenciário¹⁴⁶ implica a necessidade do desenvolvimento de um procedimento de certa complexidade – complexidade essa cujo grau pode variar caso a caso - o qual, portanto, não poderia ser entabulado como um ato administrativo simples ou mesmo unipessoal. Nessas hipóteses¹⁴⁷, surge a necessidade de instauração de um verdadeiro processo administrativo, tanto no aspecto formal, quanto no aspecto substancial, do qual resulte uma decisão que tenha sido construída no seu (do processo) decurso. Desnecessário discorrer sobre a importância de tais processos administrativos previdenciários na logística de satisfação dos direitos sociais dos cidadãos, uma vez tratar-se a seguridade social um dos serviços públicos mais relevantes no âmbito da Administração Pública Federal, bastando, para tanto, observar o incremento nos números relativos à procura pelos benefícios e serviços previdenciários nos últimos dez anos¹⁴⁸.

A diferença entre o número de benefícios requeridos e os concedidos é dado assaz relevante na medida em que reflete no ajuizamento de ações judiciais por parte daqueles

¹⁴⁵ Odete Medauar, ao tratar do número de manifestações necessárias para a formação do ato administrativo, ao invés de se utilizar das expressões *atos simples, compostos e complexos*, prefere classificá-los em atos *unipessoais e pluripessoais*, conforme a decisão resulte da necessidade de manifestação de uma só autoridade ou de várias. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.162/163. Nesse sentido, pode-se dizer que boa parte dos atos administrativos que resultam em concessão de benefícios previdenciários é simples ou unipessoal, na medida em que decorre de mera conferência de dados por parte do agente administrativo – atualmente denominado Técnico do INSS – sendo que a concessão ocorre através de ato homologatório do chefe da Agência do INSS.

¹⁴⁶ Esclareça-se, neste ponto, que as referências que forem feitas a órgão previdenciário ou administração previdenciária neste trabalho devem ser associadas, essencialmente, ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, já que é esta autarquia federal a entidade integrante da administração pública federal indireta responsável pela gestão e gerenciamento do Regime Geral da Previdência Social, ao qual está vinculada a maioria dos trabalhadores da iniciativa privada no Brasil. Assim, não serão abordados aspectos específicos relativos aos regimes próprios de previdência dos servidores públicos e muito menos ao regime de previdência complementar.

¹⁴⁷ As espécies de benefícios em que normalmente não há necessidade de “instrução processual”, com produção de provas periciais, depoimento pessoal, oitiva de testemunhas, e eventualmente outros meios probantes, são, em geral, as aposentadorias por tempo de contribuição e as pensões de morte nas hipóteses de dependência econômica presumida. Nas aposentadorias especiais, nos benefícios rurais de segurado especial, nos auxílios de acidente e de doença, em geral há necessidade de uma dilação probatória mais ou menos complexa, conforme o caso.

¹⁴⁸ No ano de 2004 foram requeridos 5.519.057 benefícios ao INSS. No ano de 2009, 7.769.544 benefícios foram requeridos pelos usuários da Previdência, o que representa um aumento de 29% na demanda previdenciária. Em relação aos benefícios concedidos, no ano de 2006, foram concedidos 4.238.816 benefícios e em 2010 o número saltou para 4.640.120, um incremento de cerca de 10% (Fonte: sistema SUIBE da Previdência Social) disponível em <<http://www.previdencia.gov.br/estatisticas/anuario-estatistico-da-previdencia-social-2008-secao-i-%C2%96-beneficios-subsecao-a-beneficios-concedidos-tabelas/>> Acesso em: 11 set. 2014.

cidadãos que tiveram o seu pleito indeferido na esfera administrativa¹⁴⁹. Essa judicialização excessiva, por sua vez, seria certamente reduzida se na esfera administrativa o processo em que se debate a concessão do benefício fosse melhor e mais democraticamente conduzido. Para a compreensão das dificuldades inerentes a esse processo administrativo – as quais serão tratadas no tópico seguinte –, necessário investigar a sua modelagem normativa no panorama jurídico brasileiro atual.

Inicialmente, observa-se a inexistência de lei específica ou mesmo de decreto executivo que disciplinem o processo administrativo previdenciário. Diante dessa ausência de norma especial, são utilizados, para aquele mister, em primeiro lugar os princípios e as eventuais regras disseminadas na Constituição Federal, na lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991¹⁵⁰, na lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991¹⁵¹, no decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999¹⁵² e, principalmente, na já mencionada lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999¹⁵³, que disciplina, na esfera federal, o processo administrativo em geral. No âmbito interno da própria administração previdenciária, são os atos normativos produzidos pelo INSS e pelo Ministério da Previdência Social (MPS) que irão ditar os dispositivos específicos do processo administrativo previdenciário¹⁵⁴.

No item 2.4 trabalhou-se o conceito de processo administrativo em geral, inclusive no tocante às divergências acerca da utilização do vocábulo, uma vez que alguns autores, consoante ali destacado, preferem a palavra procedimento para designar essa sucessão de atos necessários para que se chegue a uma decisão administrativa. À margem, neste momento, dessa discussão – porque já antes enfrentada – passa-se à detecção dos dispositivos constitucionais, legais e infralegais que se apresentam relevantes para a modelagem do arcabouço normativo do processo administrativo previdenciário no Brasil.

Uma detida leitura da Constituição Federal revela o papel essencial do processo administrativo como instrumento de efetivação dos direitos sociais – aí incluídos os

¹⁴⁹ As estatísticas do Conselho de Justiça Federal apontam que no ano de 2006 foram distribuídas, apenas nos Juizados Especiais Federais, 1.166.005 ações, o que resulta uma média mensal de 97 mil novas ações. Informação disponível em: <http://daleth.cjf.gov.br/atlas/Internet/JuizadosTABELA.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

¹⁵⁰ BRASIL. Lei 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 05 mar. 2015.

¹⁵¹ BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 05 mar. 2015.

¹⁵² BRASIL. Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 05 mar. 2015.

¹⁵³ BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784cons.htm. Acesso em: 05 mar. 2015.

¹⁵⁴ Atualmente, o principal ato normativo interno que disciplina, dentre outras coisas, o processo administrativo previdenciário, é a Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010. Disponível em: http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm. Acesso em: 05 mar. 2015.

previdenciários – em favor dos cidadãos, merecendo destaque o art. 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, o qual faz expressa menção a processo administrativo nos incisos LV, LXXII e LXXVIII¹⁵⁵. Há, ainda, outras referências a processo administrativo no inciso II, do §1º, do artigo 41 e parágrafo único do artigo 247 da Carta Constitucional, em ambos os casos com referência à garantia da ampla defesa¹⁵⁶. Por fim, ainda, no âmbito constitucional, há uma referência expressa a procedimentos administrativos no artigo 129, VI, da Constituição, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público. Esses dispositivos - conquanto não todos digam respeito ao processo administrativo previdenciário em especial - são fundamentais para a adequada compreensão da relação jurídica processual que ali se estabelece entre a Administração e o particular.

Diz-se que sob o viés constitucional as garantias em sede de processo administrativo equivalem às do processo judicial, fato esse que pode ser explicado pela constatação de que o número de processos administrativos supera, por óbvio, o das demandas judiciais propostas contra o Estado, razão pela qual “[...] não havia como dispensar um tratamento que revelasse qualquer desnível, em importância ou primazia, em relação ao judicial, haja vista se constituir numa notória ferramenta na defesa dos direitos dos cidadãos[...]”¹⁵⁷.

Em nível infraconstitucional, diante da inexistência de lei específica que discipline o processo administrativo previdenciário, há que se observar a lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que em seu artigo 69 determina, *a contrario sensu*, a sua aplicação a todos os processos administrativos que não possuem legislação própria.¹⁵⁸ Desse dispositivo legal podem ser extraídos os princípios gerais que devem balizar o processo administrativo previdenciário, alguns deles previstos no artigo 37 da Constituição Federal: princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público¹⁵⁹. Neste último princípio – o qual não consta na Constituição Federal – reside a mais controversa e atual celeuma no âmbito do direito administrativo que é a

¹⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 mar.2015

¹⁵⁶ Há que se lembrar do disposto no §2º do artigo 5º da Constituição Federal que não limita a fundamentalidade constitucional aos direitos e garantias expressos na Constituição Federal, muito menos àqueles inseridos no seu artigo 5º, estendendo-a a todos os que decorram do regime e dos princípios constitucionalmente adotados ou dos tratados internacionais do qual o Brasil faça parte.

¹⁵⁷ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op.cit., p.282.

¹⁵⁸ “Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes subsidiariamente os preceitos desta lei”.BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784cons.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015.

¹⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do processo administrativo. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004, p. 83.

supremacia, ou não, do interesse público sobre o interesse particular, assunto que já foi abordado no item 2.3 e que será retomado no tópico seguinte.

No que se refere ao rito do processo administrativo, a lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999 fornece importante instrumental para aquele processo específico da seara da administração previdenciária, uma vez que prevê e regula de maneira detalhada as diversas fases do procedimento: a instauração (arts. 5º ao 8º), a instrução (arts. 29 a 46), a defesa (arts. 36 a 41, 44 e 46), o relatório (art. 47) e o julgamento (arts. 48 a 50). Consoante observa Wagner Balera:

Na rotina administrativa, são raras as ocasiões em que o tema de benefícios tenha solução liminar. Em geral, o procedimento em que se concretiza a concessão (ou denegação) de benefício estende-se por diversas fases ou momentos em que se objetiva, respectivamente, qualificar o segurado e o beneficiário; verificar a carência; enquadrar a situação de fato no tipo de prestação cabível; apurar o salário-de-benefício; calcular a renda mensal e, finalmente, expedir a comunicação da decisão ao interessado. Pode-se dizer que, o itinerário procedimental, terá seu ponto culminante com o despacho no qual é lavrada a *decisão* administrativa sobre o pedido. Mas, cada ato integrante da seqüência é, de *per si*, relevante e, a respectiva exteriorização, deve se dar de modo objetivo e fundamentado.¹⁶⁰

Ainda em sede de legislação ordinária, as leis 8.212/91 e 8.213/91, conquanto nenhuma delas tenha por objeto precípua o estabelecimento de normas acerca do processo administrativo previdenciário, fornecem algumas importantes regras procedimentais que devem ser observadas quando da recepção, da instrução e da decisão dos requerimentos de benefícios previdenciários¹⁶¹. A lei 8.213/91, por exemplo, prevê no artigo 108 a denominada “Justificação Administrativa”, que é um relevante instrumento procedimental para a comprovação dos fatos alegados pelo interessado quando a documentação se apresentar insuficiente, com a possibilidade de uma ampla produção de prova oral (depoimento pessoal do interessado e oitiva de testemunhas).

Na esfera do poder regulamentar conferido ao Executivo, o decreto 3.048 de 6 de maio de 1999, que regulamenta as citadas leis ordinárias, detalha, nos artigos 142 a 151, o processamento da aludida Justificação Administrativa, sendo essa a sua maior contribuição no âmbito do processo administrativo previdenciário. Conquanto alguns desses dispositivos possam ser questionados à luz dos princípios constitucionais e legais alusivos a um regime

¹⁶⁰ BALERA, Wagner. *Processo administrativo previdenciário: benefícios*. São Paulo: LTr, 1999. p. 24.

¹⁶¹ Merece destaque o artigo 105 da Lei 8.213/91 estabelecendo que a apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício, razão pela qual, tendo diante de si o requerimento do beneficiário, compete ao Poder Público examinar os elementos que lhe estão sendo submetidos e pronunciar-se sobre o direito ao deferimento do que foi requerido.

jurídico administrativo verdadeiramente democrático¹⁶², fato é que a simples existência da justificação representa avanço dado o seu caráter inovador.

Por último, no âmbito interno da própria administração previdenciária, o instrumento mais importante é a já referida Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010. Ela dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do INSS. Na parte em que disciplina o processo administrativo previdenciário, a referida instrução normativa compõe-se de 95 (noventa e cinco) artigos¹⁶³, prevendo 4 (quatro) fases processuais: a inicial, a instrutória, a decisória e a recursal.

Interessante observar que apesar de se tratar de uma norma interna, a instrução normativa prevê, no artigo 564, alguns princípios¹⁶⁴ cuja nomenclatura, conquanto diferente da utilizada no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 2º da lei 9.784/99, assemelham-se substancialmente aos princípios constitucionais e legais do regime jurídico administrativo. Assim, *e.g.*, o inciso II do referido artigo 564 refere-se à *atuação conforme à lei e ao Direito*, o qual está associado ao princípio da legalidade administrativa; o inciso IV faz alusão à *objetividade no atendimento do interesse público*, preceito esse que, em outros termos, corresponde ao princípio constitucional da impessoalidade. Essa mesma convergência pode ser vislumbrada entre o princípio constitucional e legal da moralidade administrativa com o preceito constante da instrução normativa que determina que a atuação dos servidores no processo administrativo previdenciário devem ser pautadas *segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*¹⁶⁵.

Mas, a par destes e outros princípios que podem ser identificados e que se coadunam com as normas hierarquicamente superiores às da instrução normativa em comento, há alguns preceitos nesta última que não estão previstos – ao menos expressamente enquanto critério ou princípio – naquelas. Assim, *v.g.*, o inciso I do artigo 564 da instrução normativa estabelece uma importante garantia em prol dos pretendentes ao benefício previdenciário que é a *presunção de boa-fé* dos atos por eles praticados. Ainda nessa linha garantista, há o preceito

¹⁶² Um desses dispositivos que podem ser questionados à luz da processualidade democrática que deve revestir a decisão administrativa é o do artigo 147 do Decreto 3.048/99 que veda a possibilidade de recurso da decisão da autoridade competente do Instituto Nacional do Seguro Social que considerar eficaz ou ineficaz a justificação administrativa.

¹⁶³ Artigos 563 a 647 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015.

¹⁶⁴ Na realidade, o artigo utiliza-se do vocábulo *preceitos*, o que se justifica por não estabelecer apenas princípios, mas também algumas regras que devem ser seguidas pelo servidor responsável pela condução do processo administrativo

¹⁶⁵ Nesse particular, a Lei 9.784/99 também prevê o mesmo dispositivo enquanto critério de atuação administrativa, consoante art. 2º, inciso IV.

do inciso XI desse mesmo artigo que determina a *identificação do servidor responsável pela prática de cada ato e a respectiva data*. Essa última regra, conquanto possa parecer óbvia, é de extrema importância para a satisfação do devido processo legal administrativo, uma vez que, não raramente, o interessado não ficava sabendo sequer o nome do servidor que impulsionava o seu processo; quando muito lhe era dado conhecer o nome daquele que prolatava a decisão final ou algum ato de maior relevância.

Na mesma direção de ampliação dessas garantias do interessado, a instrução normativa vai além da lei 9.784/99 quando amplia o significado do que a doutrina tem denominado de *princípio da simplicidade*¹⁶⁶. A referida lei estabelece a necessidade de adoção desse princípio para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos interessados¹⁶⁷. Já a instrução normativa determina, textualmente, que a extensão da simplicidade deve alcançar não apenas a forma, mas também o vocabulário, com a vedação da utilização de siglas ou palavras de uso interno que dificultem o entendimento pelo interessado¹⁶⁸. Com certeza, um avanço e uma grande conquista em prol do usuário da previdência social.

A referida instrução interna do INSS trata-se, pois, à falta de um instrumento legal específico, do normativo que melhor explica o que realmente acontece nos meandros da administração previdenciária quando da apresentação de um requerimento de benefício previdenciário, desde o pedido inicial, passando pela colheita de provas, culminando na decisão final administrativa.

Conquanto este trabalho não tenha qualquer pretensão de focar analiticamente o *iter* procedimental que resulta da conjugação de todo o cabedal normativo referenciado, algumas observações nesta seara são necessárias como preparação e fundamentação da

¹⁶⁶ Para a maior parte da doutrina, v.g. Alexandre Freitas Câmara, o princípio da simplicidade nada mais seria do que o desdobramento do princípio da informalidade, dentro da ideia de que se deve abandonar o formalismo, a exacerbação das formas processuais. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica*. 6.ed.2.tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15. Contudo, essa identificação entre os dois princípios não parece acertada, pois se o legislador referiu-se a ambos os princípios, com certeza há de se identificar alguma distinção entre eles. Portanto, a denominada simplicidade parece aludir a algo além da mera informalidade, a um procedimento mais simples, com palavras e expressões menos rebuscadas, “[...] sem aparato, natural, espontâneo, a fim de deixarem os interessados à vontade para exporem as suas pretensões.” TORRES NETO, José Lourenço. *Princípios norteadores da Lei 9.099/95-Juizados Especiais*. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10449&revista_caderno=21>. Acesso em: 10 fev. 2015.

¹⁶⁷ “[...] adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”. BRASIL. Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Op.cit., art.2º, inciso IX.

¹⁶⁸ “[...] adoção de formas e vocabulários simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos usuários da Previdência Social, evitando-se o uso de siglas ou palavras de uso interno da Administração que dificultem o entendimento pelo interessado.” Art. 564 da INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015:

abordagem que será empreendida no tópico seguinte, relativamente ao diagnóstico e às perspectivas para o atual modelo processual de processo administrativo previdenciário.¹⁶⁹

O processo administrativo previdenciário inicia-se com o pedido apresentado pelo segurado ou dependente e, em algumas situações específicas, pelo empregador ou de ofício pela Administração. A relação jurídica processual, portanto, possui no pólo ativo este segurado ou dependente que mantém relação de seguro social no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). No polo passivo figura o INSS, que é uma autarquia federal com personalidade jurídica de direito público interno. Se houver uma fase recursal, quem figurará no pólo passivo será o Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), órgão vinculado ao Ministério da Previdência Social e, portanto, associado à pessoa jurídica da União Federal.¹⁷⁰

Consoante já visto, alguns preceitos ou critérios aplicáveis à relação jurídica previdenciária podem ser visualizados no conjunto normativo do processo administrativo previdenciário, tais como: obrigatoriedade da concessão do benefício mais vantajoso; primazia da verdade real; oficialidade na atuação dos órgãos para a realização de requerimentos administrativos e produção de provas; presunção de veracidade dos dados constantes nos sistemas corporativos da Previdência Social.

Formalizado o pedido, inicia-se a etapa da instrução, onde são colhidas as provas. A prova pericial é utilizada, em regra, para a aferição da incapacidade laboral do segurado e da condição de invalidez do dependente, para os fins da prorrogação dessa qualidade quando maior de 21 anos de idade¹⁷¹, executada por perito médico do INSS¹⁷². No benefício de amparo social ao deficiente da lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993¹⁷³, além da análise médica para atestar a condição, há a realização de uma perícia social, que também se faz presente quando o benefício é pleiteado por um idoso, cujo objetivo é atestar a condição de miserabilidade.

¹⁶⁹ Esta análise será empreendida sem a preocupação de se fazer referência a todos os artigos da Constituição Federal e das Leis 9.784/99 e 8.213/91, bem como da IN INSS/PRES 45/2010, tendo em vista que o objetivo é apenas informar, de maneira resumida, o *iter procedimental* do processo administrativo previdenciário.

¹⁷⁰ A Portaria MPS nº 548, de 13.09.2011, publicada no DOU de 14.09.2011, e que aprovou o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social, estabelece, no artigo 1º, que o CRPS é um colegiado integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social, tendo por atribuição o controle jurisdicional das decisões do INSS nos processos de interesses dos beneficiários e das empresas, nos casos previstos na legislação.

¹⁷¹ Vide art. 16, incisos I e III, da Lei nº 8.213/91. BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

¹⁷² BARROS, Allan L. O. *Linhas gerais sobre o processo administrativo previdenciário*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/17278/linhas-gerais-sobre-o-processo-administrativo-previdenciario>>. Acesso em: 13 set 2014.

¹⁷³ BRASIL. Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

Pode haver necessidade, ainda, da tomada do depoimento pessoal do interessado – que o INSS costuma designar como “entrevista” - principalmente nos processos em que são pleiteados benefícios rurais, cuja finalidade é a comprovação do exercício de atividade rural. Essa entrevista também é realizada para a oitiva de vizinhos confrontantes do imóvel rural onde a atividade é exercida pelo segurado.

A Justificação Administrativa, conforme já mencionado, está legalmente prevista no artigo 55, §1º, da lei 8.213/91 e regulamentada no Capítulo VI do decreto 3.048/99; no entanto, conforme já dito, é na IN INSS 45/2010 que está detalhadamente descrita, sendo-lhe dedicados nada menos do que vinte e quatro artigos que compõem uma subseção da seção intitulada *fase instrutória*. Essa Justificação Administrativa é um procedimento administrativo destinado a suprir a falta de documento ou comprovação de fato do interesse do beneficiário ou da empresa, desde que a lei não exija documento público.

O seu processamento, para fins de comprovação do tempo de serviço, de dependência econômica, de identidade ou de relação de parentesco necessita estar amparado – segundo determina aquele normativo interno - em início de prova material, que nada mais é do que eventuais documentos que confirmem os depoimentos já existentes nos autos do processo. O interessado poderá solicitar a realização de justificação administrativa arrolando de três a seis testemunhas, a fim de confirmar os fatos que pretende comprovar.

Para a instrução do processo, há a possibilidade de uma denominada *pesquisa externa*. Nela, um servidor do INSS pode realizar visitas a empresas, órgãos públicos, entidades representativas de classe, cartórios, contribuintes, beneficiários com o fito de esclarecer dúvidas, complementar informações ou apurar denúncias. Nos dizeres de Allan Barros, “[a] pesquisa externa tem valiosa participação nos benefícios requeridos por segurados especiais e demais trabalhadores rurais, para a comprovação do efetivo trabalho rural.”¹⁷⁴.

Um importante meio de prova documental é a consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), o qual permite compulsar os dados existentes na base de dados dos sistemas informatizados da Previdência Social, relativamente aos trabalhadores e aos empregadores, de onde se pode extrair, dentre outras, informações alusivas aos dados

¹⁷⁴ BARROS, Allan L. O. *Linhas gerais sobre o processo administrativo previdenciário*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/17278/linhas-gerais-sobre-o-processo-administrativo-previdenciario> p.10>. Acesso em 13 set. 2014.

pessoais, aos vínculos empregatícios, às contribuições previdenciárias vertidas pelo segurado, aos benefícios requeridos, às remunerações percebidas, etc¹⁷⁵.

Na fase decisória, cabe ao servidor ou ao colegiado, conforme o caso, apresentar suas conclusões através de um raciocínio lógico, enfrentando todos os requisitos necessários à concessão do benefício e analisando todas as provas produzidas nos autos¹⁷⁶. O servidor deve apresentar relatório sucinto com os fundamentos fáticos e jurídicos do seu convencimento. Na hipótese de indeferimento, o servidor deve informar textualmente quais foram os requisitos legais não preenchidos, tornando público o motivo pelo qual se deu o indeferimento do benefício. Reconhecido, ou não, o direito ao benefício ou ao serviço, o INSS emite uma carta de comunicação da decisão endereçada à residência do interessado, “[...] cuja ciência inequívoca de seu teor deflagra o termo inicial do prazo para a interposição de recurso contra a decisão administrativa.”¹⁷⁷.

Por fim, pode haver uma fase recursal do processo administrativo previdenciário caso o interessado não aceite a decisão do INSS. Nessa hipótese, entram em cena órgãos administrativos que não fazem parte da estrutura organizacional do INSS, e sim do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), que são a Junta de Recursos (2ª instância administrativa) e a Câmara de Julgamento (3ª instância administrativa), órgãos colegiados que integram a estrutura do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS)¹⁷⁸.

Essa é, em suma, a modelagem normativa do atual processo administrativo previdenciário no âmbito do Regime Geral da Previdência Social no Brasil. Neste momento, passa-se ao ponto em que se tentará traçar um panorama crítico, vislumbrando-se as perspectivas para esse processo tão essencial à concretização dos direitos fundamentais sociais na área da seguridade social.

¹⁷⁵ O Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) teve como origem remota o Decreto nº 97.936/89 que criou o Cadastro Nacional do Trabalhador – CNT e representava um consórcio entre o Ministério da Previdência Social e Assistência Social – MPAS, Ministério do Trabalho e Caixa Econômica Federal, assumindo a denominação atual com a Lei nº 8.212/91. O sistema PLENUS reúne todas as informações relacionadas aos benefícios requeridos pelos segurados e dependentes, deferidos ou não pelas unidades do INSS. Todas as informações necessárias à implantação ou revisão da renda mensal do benefício são inseridas no sistema, desde os dados pessoais do segurado, dependentes e do instituidor da pensão por morte, até os salários-de-contribuição, dados bancários, valores percebidos e informações das perícias médicas realizadas ou não pela Previdência Social. O sistema SABI é o sistema onde são administradas todas as informações relacionadas à perícia médica, desde os atestados médicos e exames apresentados pelos segurados até a conclusão médica do perito do INSS, declarando a presença ou não da incapacidade laboral. BARROS, Allan L.O. Op. cit., p.11

¹⁷⁶ Determinação que remete ao princípio da *persuasão racional do juiz*, em se tratando de processo judicial.

¹⁷⁷ BARROS, Allan L.O. Op. cit., p.12.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 13.

3.4. Diagnóstico e perspectivas para o atual processo administrativo previdenciário

A partir do que foi abordado até o presente momento, torna-se possível elaborar um diagnóstico acerca do atual estágio do processo administrativo previdenciário no Brasil, sempre considerando que em um Estado Democrático de Direito, a existência de um sistema de direitos fundamentais, justiça social, igualdade e legalidade, constitui seu pressuposto basilar. Sob essa perspectiva é que os direitos sociais previdenciários no Brasil são tidos como direitos fundamentais, de acordo com o exposto no item 3.2.

E a partir dessa dimensão de fundamentalidade no que tange à materialidade de tais direitos, pode-se concluir, sem muito esforço, que também ao aparato instrumental para a efetivação de tais direitos deva ser atribuída a condição de direito fundamental. Necessário perquirir se especificamente na esfera administrativa, o conjunto normativo atual que cuida do processo administrativo em geral e do previdenciário em particular responde aos anseios e expectativas de uma sociedade focada naquela dimensão.

Como já dito, a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, tratou de maneira sistemática a previdência social em nível constitucional, não mais apenas sob a inspiração de um constitucionalismo liberal que permeava o instrumental teórico do direito administrativo brasileiro¹⁷⁹, o qual, em certa medida, se tornara inapropriado para fazer frente aos novos cenários do Estado contemporâneo e da complexa sociedade brasileira, com os desafios, perigos e risco que se apresentam.

E essa nova visão, por óbvio, deveria refletir na processualidade afeta à concessão dos direitos previdenciários, uma vez que é o processo administrativo que emoldura a atividade estatal prestacional, parametrizando o comportamento do agente público incumbido de conduzir a análise administrativa do pleito formulado pelo cidadão, sempre focado na ordem jurídica vigente – como sói acontecer em um estado democrático de direito – mas sem perder de vista as peculiaridades de cada caso. Isso porque, a observância do corolário do devido processo legal – a que também se submete o processo administrativo, e não apenas o judicial – não se revela simplesmente na condução do procedimento previdenciário tal como preconizada nas regras postas, havendo necessidade de se reconstruir a sua matriz teórico-normativa de forma a atender às suas peculiaridades.

A disparidade de forças existentes entre os polos de um processo administrativo previdenciário, onde, de um lado, se apresenta o cidadão, geralmente desvalido ou em posição

¹⁷⁹ MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *A fundamentalidade do direito previdenciário no Brasil*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/262-artigos-abr-2014/6480-a-fundamentalidade-do-direito-previdenciario-no-brasil>>. Acesso em: 20 mai. 2014

de hipossuficiência, e de outro o Estado, com todo o seu complexo, burocrático e muitas vezes hermético aparato institucional, leva ao questionamento se aquele processo administrativo não seria, muitas vezes, um verdadeiro obstáculo ao exercício dos direitos fundamentais relativos à Previdência Social, ou se, ao contrário, a sua normatividade atenderia ao seu escopo primeiro que é o de ser um instrumento de efetivação e promoção das políticas públicas sociais, especificamente na área previdenciária.

Como se viu, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma lei específica para o processo administrativo previdenciário, não se tendo notícia de que existiria ao menos projetos de lei nesse sentido¹⁸⁰. São utilizados para aquela atividade estatal principalmente a lei geral do processo administrativo federal (lei 9.784/99) e o normativo interno do órgão executor da previdência social (IN INSS 45/2010), os quais, em muitas das suas disposições, indicam importantes presunções e avanços em favor do cidadão, mas que, por outro lado, limitam a possibilidade da adoção de uma forma mais dialógica de participação do interessado, com um evidente déficit democrático pela ausência da idéia de uma consensualidade na construção do resultado que verdadeiramente satisfaça as condições de uma discussão livre de dogmas e de idéias pré-concebidas.

Na faceta positiva podem ser diagnosticadas algumas normas expressamente previstas como regras, outras decorrentes de princípios inerentes ao direito previdenciário, que traduzem avanços em prol do cidadão. Assim, a regra da obrigatoriedade da concessão do benefício mais vantajoso¹⁸¹, estabelecendo que na hipótese de o segurado ou dependente pleitear determinando benefício, mas o INSS verificar, a partir das provas existentes nos autos, que o seu caso concreto pode ser enquadrado em benefício diverso, ou quando haja duas ou mais interpretações jurídicas possíveis sobre o caso em análise, deve o órgão previdenciário assumir a postura de informar a situação ao interessado e colocar à disposição deste - desde que com a sua anuência - o benefício com mais vantagens sob o aspecto econômico/financeiro.

¹⁸⁰ Em pesquisa nos sítios virtuais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, utilizando dos parâmetros “processo”, “procedimento”, “previdenciário”, “administrativo”, “INSS”, “seguridade social”, em múltiplas combinações, não houve qualquer resposta para as consultas. Acesso em: 26 set. 2014.

¹⁸¹ Art. 122 da lei nº 8.213/91: “Art. 122. Se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ao segurado que, tendo completado 35 anos de serviço, se homem, ou trinta anos, se mulher, optou por permanecer em atividade”. BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015. Vide também o §4º, art.167; art. 188-B e §3º e §4º do art. 56 do Decreto nº 3.048/99. BRASIL. Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015.

Outros exemplos de regras que beneficiam o administrado são aquelas que determinam que o órgão previdenciário não deve ficar adstrito aos documentos apresentados pelos interessados, quando possível a obtenção de outras provas que auxiliem no esclarecimento do direito alegado, aproximando a conclusão do processo administrativo ao que verdadeiramente ocorreu no mundo dos fatos¹⁸². São os casos do artigo 40 da lei 9.784/99 e do artigo 591 da IN INSS 45/2010, os quais aproximam o processo administrativo previdenciário da denominada “verdade real”, onde o que importa é o mundo dos fatos, e não somente o que se conseguiu demonstrar nos autos.

Há, ainda, a idéia da primazia do princípio da oficialidade, exigindo uma postura proativa por parte do órgão previdenciário que, diversamente do que ocorre, via de regra, no processo judicial – por aplicação do princípio dispositivo - deve buscar as provas independentemente da provocação do interessado, “[...] formular requerimento administrativo em favor do interessado nos casos previstos na legislação; e reconhecer automaticamente o direito ao benefício quando os sistemas corporativos da Previdência Social indicarem a presença dos requisitos legais para sua concessão.”¹⁸³.

Essas vantagens processuais em favor dos administrados não escondem, contudo, os variados problemas por eles enfrentados quando da necessidade de pleitear um benefício previdenciário. A começar pela insegurança jurídica decorrente da própria falta de um instrumento estritamente legal que discipline especificamente o processo previdenciário; a instrução normativa, por ser um instrumento interno da administração pública, carece, por óbvio, da legitimidade democrática que caracteriza a lei em sentido estrito, já que naquela inexistente a participação do cidadão, ainda que por meio de representantes eleitos, no procedimento discursivo que culmina na elaboração da norma.

Da mesma maneira, exatamente por se tratar de um instrumento emanado da própria administração, a flexibilidade de modificação, conquanto possa trazer benefícios em termos de atualização em face de novas realidades, pode acarretar dificuldades para o cidadão – ou para aqueles que normalmente atuam nesses processos representando o segurado, como, por exemplo, advogados – no que tange ao acompanhamento das novas dinâmicas processuais¹⁸⁴.

¹⁸² BARROS, Allan L. O. Linhas gerais sobre o processo administrativo previdenciário. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/17278/linhas-gerais-sobre-o-processo-administrativo-previdenciario>>. Acesso em 13 set. 2014.

¹⁸³ Ibidem, p. 15.

¹⁸⁴ A lei 9.784/99, por regular o processo administrativo em geral, não tece detalhes acerca, por exemplo, dos elementos de prova que podem ser utilizados em processos administrativos previdenciários. A lei 8.213/91, por sua vez, por se tratar de um diploma cuja natureza é essencialmente de norma material, apenas pontualmente disciplina aspectos procedimentais da processualística previdenciária. Assim, o único veículo normativo especificamente voltado para o processo administrativo previdenciário é a IN INSS 45/2010. Nela estão previstas vários dispositivos que, embora de legalidade questionável, estabelecem os mecanismos de prova e de conduta processual que podem ser fácil e unilateralmente modificados pela administração, colhendo de surpresa os administrados.

Ora, a relação previdenciária entre aquele que se aninha no sistema da seguridade social e o órgão previdenciário é, via de regra, uma relação que se prolonga por muitos anos, com possíveis intercorrências no lapso temporal que medeia entre o início das contribuições vertidas para o sistema e o preenchimento das condições para a usufruição do benefício. Nesse interregno, é normal que ocorram sucessivas mudanças nas relações e nas condições de trabalho do segurado que importarão em alterações daquela relação previdenciária, uma vez que há um estreito liame entre labor e seguridade social.

Assim, pode ocorrer que à época em que o pedido de benefício previdenciário for apresentado à administração – quando, então, será instaurado o processo administrativo – venha o interessado a ser colhido de surpresa com as modificações nos normativos internos, às quais, exatamente pela falta de um processo legislativo caracterizado pela maior publicidade e ampla discussão política, podem vir a prejudicá-lo no tocante principalmente à formatação do conjunto de provas.

Na verdade, é no âmbito da instrução probatória que se observa outro grande problema para a legitimação do processo administrativo previdenciário enquanto instrumento de justiça social e efetivação de direitos subjetivos fundamentais do segurado e seus dependentes. Se no processo civil judicial costuma-se dizer que a *crise* processual reside na fase executória, quando a falta de efetividade do que foi decidido pode ficar mais evidente pela não satisfação do direito reconhecido, no processo administrativo – mais acentuadamente no previdenciário – a crise parece situar-se na fase de instrução, o que acarreta o desafio de se buscar soluções que resultem numa decisão administrativa de melhor qualidade e mais justa.

É nesta fase, em geral, que a fragilidade do segurado ou de seus dependentes fica mais evidente, não apenas em face de algumas exigências previstas na lei, como também de certas interpretações que a esses normativos são emprestadas pelos servidores da autarquia previdenciária. Mas não apenas isso: muitas vezes, por não compreenderem a exata dimensão de quais os fatos devem ser demonstrados e os meios adequados para essa comprovação, o administrado deixa de fazê-lo; não se pode olvidar que no processo administrativo não há a obrigatoriedade da presença de advogado¹⁸⁵, donde natural a deficiência técnica na defesa dos direitos do interessado. Como bem observa Allan de Barros:

O modelo adotado atualmente atribui o ônus da produção probatória quase que integralmente àqueles que requerem os benefícios previdenciários. Parte-se da

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n.5*. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 31 mar. 2015

premissa de que se os interessados não produzem os elementos de prova necessários à comprovação dos fatos que alegam ocorridos, não caberia à Administração ir ao encontro das provas para a descoberta da verdade real.¹⁸⁶

De fato, a lógica processual-probatória presente tanto na lei 9.784/99, quanto na instrução normativa do INSS 45/2010, reveste-se de um tecnicismo procedimental que dificulta a demonstração dos fatos pelo interessado e, com isso, impede a construção compartilhada de uma conclusão do processo que seja mais justa. A título de exemplo, os artigos 605 a 607¹⁸⁷ da instrução normativa, ao tratarem da oitiva das testemunhas na Justificação Administrativa, estabelecem uma série de vedações e de restrições que pode impedir a própria produção da prova em se tratando de certos benefícios, *v.g.*, a aposentadoria do trabalhador rural como segurado especial¹⁸⁸.

Ainda no campo da prova oral, o artigo 598 da instrução normativa estabelece que para comprovação de tempo de contribuição, de união estável, de identidade e de relação de parentesco, aquela (a prova oral) somente será considerada se houver um início de prova material, como que a desconhecer que em muitas situações, em um país como o Brasil, as relações laborais ocorrem na informalidade, ou seja, sem as devidas anotações em carteira de trabalho, registros de empregados ou quaisquer outros documentos.

Não se faz necessária uma detida e pontual análise de cada um dos dispositivos normativos que representam dificuldades para o interessado para que se conclua que, de maneira geral, esse aparato instrumental, calcado em um tecnicismo procedimental que, por vezes, desconsidera as peculiaridades do cotidiano dos trabalhadores, culmina no esvaziamento da práxis como fator determinante da percepção da realidade vivenciada pelo cidadão.

Se de um lado a existência do processo administrativo como instrumento normativo traduz-se em garantia de observância de regras por parte da própria Administração Pública, de outro pode significar verdadeira “camisa-de-força” que dificulta uma efetiva participação do

¹⁸⁶ BARROS, Allan L.O. Op. cit., p.18.

¹⁸⁷ “Art. 605. As testemunhas indicadas pelo interessado, em número não inferior a 3 três e nem superior a seis, deverão ser ouvidas separadamente, de modo que o depoimento de uma nunca seja presenciado ou ouvido por outra. Parágrafo único. As testemunhas serão advertidas das penas cominadas no art. 299 do Código Penal, para o falso testemunho, devendo o processante ler, em voz alta, o teor do referido artigo.

Art. 606. As testemunhas serão indagadas a respeito dos pontos que forem objeto de justificação, no mesmo dia e hora marcados, quando ouvidas na mesma unidade orgânica, não sendo o justificante obrigado a permanecer presente à oitiva.

Art. 607. Não podem ser testemunhas *omissis*.”

Disponível em : <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015.

¹⁸⁸ De acordo com o artigo 11, VII, da lei 8.213/91, são considerados segurados especiais os trabalhadores que exerçam atividade individual ou em regime de economia familiar, sem auxílio permanente de terceiros. Assim, muitas vezes, a prova dessa atividade ocorrer num ambiente estritamente familiar, donde a vedação de oitiva dos familiares do segurado pode impedir a própria formação da prova, ainda que indiciária.

cidadão comum no procedimento decisório. Como já dito, geralmente o cidadão que comparece em um processo administrativo é pessoa simplória, sendo pertinente, pois, a observação de que “ [...] falta ao homem comum uma compreensão integral dos problemas decorrentes da vida em sociedade e, em consequência disso, ele não se sente estimulado para participar da discussão e da solução de tais problemas.”¹⁸⁹.

Ainda que a advertência tenha mais a ver com a participação de membro de uma comunidade atuando na persecução do interesse coletivo ou comum, ela também é válida quando de sua participação como indivíduo titular de direitos subjetivos próprios, principalmente no contexto social brasileiro onde há generalizada falta de conscientização do cidadão acerca de seus direitos individuais, principalmente em face do Estado¹⁹⁰.

Claro que em termos de participação na Administração Pública, há que se diferenciar aquela engendrada por organizações, associações, cartéis, partidos políticos, dentre outros, onde as dificuldades de influência nas políticas públicas são menores, daquela participação isolada dos cidadãos nas decisões administrativas – como ocorre no caso do processo administrativo – em que as dificuldades são de toda ordem. A facilitação de participação na esfera pública por parte daqueles grupos organizados pode, na verdade, acabar prejudicando a própria participação individual do cidadão, já que todo aparato da Administração Pública para dar aparência de legitimidade à essa participação é construído de modo a favorecer aqueles.

Eis a observação de John Rawls acerca da participação dos indivíduos nas instituições públicas sob o prisma do direito à liberdade igual e da justiça política:

As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito de seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar vantagens para controlar os rumos do debate público, pois essas desigualdades acabarão por possibilitar aos que estão em melhores condições exercer uma influência maior sobre os rumos da legislação. Com o tempo, é provável que venham a exercer um peso preponderante na decisão das questões sociais, pelo menos no que se refere àqueles assuntos sobre os quais costumam concordar, isto é, em relação àquilo que favorece suas circunstâncias privilegiadas.¹⁹¹

Mesmo que essa observação de Rawls revele-se mais acurada no que tange à formulação de políticas públicas ou ao processo legislativo em geral, do que em relação à

¹⁸⁹ BAPTISTA, Patrícia. Op. cit., p. 162.

¹⁹⁰ É frequente o “sentimento” por parte de uma camada menos esclarecida da sociedade de que as prestações estatais a elas deferidas são verdadeiros “favores”, “presentes” do Estado, e não a consequência natural de direitos subjetivos conquistados em conformidade com a norma. Como consequência, no âmbito do direito previdenciário, é comum que o cidadão não se sinta legitimado a participar ativamente do processo administrativo em que suas pretensões sejam discutidas. Essa questão será mais bem detalhada no item 4.1.

¹⁹¹ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões. 3ª Ed. Martins Fontes, 2008. p. 278.

atividade administrativa do Estado no caso concreto, também nesta pode ocorrer uma intromissão excessiva dos interesses sociais mais organizados, em prejuízo dos interesses individuais daqueles com menor capacidade de mobilização.

Projetando essa percepção para o objeto do presente estudo - a partir de algumas das características já elencadas no tópico anterior – observa-se que a estruturação do processo administrativo em geral, e do previdenciário, em especial, se apresenta em paralelismo ao processo judicial, o qual é modelado muito mais para atender aos interesses e às expectativas dos usuais atores que comparecerem ao processo (juiz, advogados, ministério públicos, serventuários da justiça), do que propriamente aos do cidadão que busca a atividade jurisdicional do Estado. Pode-se afirmar, portanto, que há o risco de que o processo administrativo previdenciário e a decisão dele decorrente acabem sendo monopolizadas por interesses corporativos, passando o órgão previdenciário a ser apenas mais um dentre os participantes do processo.

Uma maneira de se contornar esse risco é conferir à Administração as condições necessárias para que ela possa captar os verdadeiros interesses públicos que estão em jogo, no caso do direito previdenciário, a própria segurança social do desvalido, quer pela saúde fragilizada, quer pela diminuição de sua capacidade laborativa. Com isso, poderá impor as determinações¹⁹² que melhor se justifiquem diante das especificidades do caso concreto objeto daquela atividade administrativa em especial. O que não parece razoável é admitir que haja um esvaziamento da práxis com a desconexão de seu engate nas interações cotidianas como sustentáculo de discussões ético-políticas¹⁹³, em prol de uma tecnização que conduza a uma formação artificial de uma vontade administrativa não condizente com a realidade vivenciada pelo cidadão.

É sob essa ótica que no capítulo seguinte serão trabalhadas as compreensões para que um processo administrativo previdenciário possa se desenvolver em um ambiente democrático, tendo como pano de fundo as teorias habermasianas acerca da racionalidade comunicativa, da pragmática formal (o direito como mediação entre faticidade e validade) e

¹⁹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v.II, p.185: “Estas considerações, no entanto, ainda não discutem a *relação neocorporativista* que se interpõe entre a administração e as organizações e sistemas funcionais da sociedade, os quais se distinguem de outros clientes necessitados de proteção jurídica, por possuírem poder social e uma complexa estrutura interna, sendo inacessíveis a uma regulação imperativa. Vimos que a arquitetura do Estado de direito é prejudicada na fase de negociações, quando o Estado se contenta em assumir a posição de um participante entre outros. Face às decisões políticas importantes para toda a sociedade, o Estado tem que estar em condições de capturar interesses públicos e eventualmente impô-los.”

¹⁹³ LIMA, Erick C. *Democracia e intersubjetividade: O modelo habermasiano a partir dos processos societários de formação prático-cognitiva*. Disponível em: <<http://www.uel.br/eventos/sepech/sepech08/arqtxt/resumos-anais/ErickLima.pdf>>. p.2. Acesso em: 20 mar. 2015.

dos princípios da universalização e da ética do discurso, ou seja, a teoria do discurso de Habermas.

4. O ADMINISTRADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO

4.1. A racionalidade emancipatória e a intersubjetividade dialógica

Diferentes caminhos poderiam ser trilhados na idealização de um processo administrativo previdenciário verdadeiramente democrático, sendo que o escolhido na presente pesquisa parte da teoria discursiva de Jürgen Habermas¹⁹⁴, com todos os aportes necessários para a sua compreensão: razão comunicativa, o direito como mediação entre faticidade e validade, os princípios da universalização e da ética do Discurso.

Dentro de sua extensa obra intelectual nos mais variados campos das ciências humanas e sociais, o primeiro livro de Habermas que impescinde ser destacado no âmbito do objetivo aqui proposto - a reconstrução democrática dos processos administrativos previdenciários - é *Conhecimento e interesse*¹⁹⁵. Neste livro, do ano de 1968, Habermas persegue a tentativa de “[...] entender o processo crescente de fragmentação da teoria do conhecimento pela teoria da ciência e de reabrir algumas vias críticas que foram fechadas neste processo.”¹⁹⁶.

Conquanto mais tarde Habermas vá abandonar alguns de seus pensamentos refletidos na referida obra¹⁹⁷, a sua importância como marco preponderante para compreender a razão comunicativa e a teoria do discurso habermasianas é inegável, uma vez que a partir de uma crítica a vários autores que, segundo ele, ainda se encontravam presos ao paradigma da filosofia da consciência de Kant¹⁹⁸, Habermas procura transmudar a categoria central - na análise sociológica vigente - do trabalho para a interação comunicativa a partir de uma complexa análise da relação existente entre os variados tipos de interesses¹⁹⁹ e o conhecimento.

¹⁹⁴ “O filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas pode ser considerado o último herdeiro da Escola de Frankfurt [o qual] apesar da prolixidade e da dificuldade dos seus escritos [...] obtém grande sucesso, sendo, além disso, considerado um dos mais importantes autores contemporâneos.” DORTIER, Jean-François. *Dicionário de Ciências Humanas*. Op.cit., p.263.

¹⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse* Tradução de Luiz Repa. São Paulo: UNESP, 2011.

¹⁹⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 19.

¹⁹⁷ O próprio Habermas em um artigo intitulado *Observações sobre Conhecimento e interesse – trinta anos depois*, faz uma severa autocrítica em relação a essa obra, chegando ao ponto de afirmar que o livro havia se tornado estranho a ele algumas décadas depois. In: HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Op.cit., p.499/511.

¹⁹⁸ Para Kant, o fundamento dos juízos está no próprio sujeito, o qual conta, para isso, com a força da autonomia da vontade, pois, para ele, “Duas coisas enchem o ânimo de crescente admiração e respeito, veneração sempre renovada quanto com mais frequência e aplicação delas se ocupa a reflexão: por sobre mim o céu estrelado; em mim a lei moral.” KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. Coleção: *Grandes mestres do pensamento*. 5º Volume.

¹⁹⁹ Interesses técnicos, práticos e emancipatórios. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit.; p. 20.

Em *Conhecimento e interesse* Habermas ataca a pretensa neutralidade e objetividade científicas²⁰⁰ trazidas pelo positivismo, e, conseqüentemente adere ao pensamento de que o ideal seria criticar a própria racionalidade da sociedade, a própria racionalidade humana, ou seja, uma conversão da teoria crítica para uma crítica da razão.²⁰¹ Mas, diferentemente das críticas desconstrutivistas de alguns²⁰², o projeto de Habermas é de renovação da teoria crítica da sociedade cuja finalidade é a emancipação social.

Evidentemente, as críticas sociológicas empreendidas naquela obra, dada a sua complexidade, não podem ser aqui destrinchadas, em vista dos limitados objetivos desta pesquisa. Contudo, não se pode deixar de anotar que as análises de Habermas acerca da substituição da teoria do conhecimento pelo cientificismo que advém da fé dogmática impingida pelo positivismo²⁰³ são fundamentais para compreender, mais à frente, a concepção habermasiana de intersubjetividade e de atitude dialógica entre os participantes de uma interação²⁰⁴.

Naquele momento de seu pensamento sociológico, Habermas entende que a história de um sujeito é construída e reconstruída a todo momento, a partir da significação que pessoas ou coisas adquirem nas diversas interações empreendidas por esse sujeito²⁰⁵, e que é na condição dialógica que se realiza uma relação dialética do universal e do individual que se permitirá conhecer as condições de vida do sujeito²⁰⁶. Sem dúvida alguma, essa perspectiva é assaz interessante no âmbito de um processo administrativo previdenciário, eis que somente um intenso diálogo reflexivo entre o cidadão e o servidor público que naquela interação represente o Estado permitirá a exata compreensão do mundo historicamente vivenciado pelo interessado, o que é imprescindível para a construção da melhor decisão para o caso.

Claro que esse “conhecer” no processo administrativo previdenciário, a partir dessa ótica habermasiana, não pode desprezar os interesses que envolvem os participantes, pois há sempre “[...] um entrelaçamento peculiar de conhecimento e interesse[...]

²⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Op.cit., p.117.

²⁰¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit.; p. 16.

²⁰² “Nesse contexto, surgem as teorias desconstrutivistas da razão (Foucault, Derrida, Lyotard, Castoriadis, Rorty, entre outros) e então se pode perguntar: existe alternativa para um novo projeto de reconstrução da sociedade?”. Ibidem, p.17

²⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Op.cit., p. 118

²⁰⁴ Ao analisar as inferências dedutivas, indutivas e abduativas de Peirce, Habermas aponta a insuficiência delas para a condução ao diálogo: “[...]os sujeitos que agem instrumentalmente se valem de signos representantes. As regras técnicas que podem ser sedimentadas, formando hábitos, têm de se deixar formular em enunciados sobre relações de eventos Mas a representação simbólica de estados de coisas, reconhecidos sob o ponto de vista transcendental da disposição técnica possível, serve somente, como nós temos mostrado, para transformar expressões em processos de raciocínio. Dedução, indução e abdução estabelecem, porém, relações entre enunciados que são fundamentalmente monológicas. Com as figuras da inferência, é possível pensar, mas não conduzir um diálogo” HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Op.cit., p. 221.

²⁰⁵ Ibidem, p. 245.

²⁰⁶ Ibidem, p.249.

²⁰⁷ Ibidem, p. 317.

Habermas, o conhecimento deve estar a serviço de uma emancipação social, e não apenas de uma satisfação dos interesses técnicos²⁰⁸, ligados à dominação, ou dos interesses práticos²⁰⁹, ligados ao trabalho. Por isso, ele irá propor a idéia de um interesse dito “emancipatório”²¹⁰, o único capaz de garantir que o consenso intersubjetivo seja obtido sem o uso de violência²¹¹.

Para Habermas, diversamente do transcendentalismo forte de Kant²¹², o interesse irá depender das ações, as quais, por sua vez, irão definir as condições do conhecimento possível. As ações, por outro lado, dependem de processo de conhecimento onde se observe um efetivo envolvimento dos interessados, mediante a introdução de estruturas dialógicas²¹³. Somente a atividade de reflexão irá, no entanto, permitir o surgimento de ações emancipatórias, imprescindíveis para o entrelaçamento entre conhecimento e interesse, pois “[u]m ato de autorreflexão, que muda uma vida, é um movimento de emancipação.”²¹⁴.

Mas para “escapar” desse transcendentalismo kantiano, Habermas irá afirmar a necessidade do acréscimo de um elemento normativo para garantir uma aplicação prática dessa reflexão, de maneira a que ela não permaneça no campo apenas do sujeito individualmente considerado. Esse elemento é a linguagem²¹⁵, que irá viabilizar um contexto intersubjetivo entre os participantes da interação²¹⁶. A isso, o próprio Habermas denomina de “quase-transcendentalismo” ou “transcendentalismo fraco”²¹⁷.

Ainda na obra *Conhecimento e interesse*, é assaz importante o aporte da psicanálise de Freud para as compreensões de Habermas acerca da autorreflexão, dos interesses e das relações desses com o conhecimento. Ele irá destacar que “[a] psicanálise é relevante para nós

²⁰⁸ Habermas irá associar o interesse técnico a uma tentativa de dominação, típica das denominadas ciências naturais, quando se pode “[...] falar de um interesse, condutor do conhecimento, pela disposição técnica possível, o qual determina a direção da objetivação da realidade, necessária no interior do quadro transcendental dos processos de pesquisa.” Ibidem, p. 217

²⁰⁹ Para Habermas, o interesse prático está associado às interações mediadas pela linguagem corrente que, por sua vez, estão relacionadas às ciências hermenêuticas. Diferentemente do interesse técnico, o interesse prático não está dirigido à apreensão de uma realidade objetivada, “[...] mas à preservação da intersubjetividade de um entendimento em cujo horizonte somente a realidade pode aparecer como algo.” Ibidem, p. 275/276.

²¹⁰ Habermas afirma que Peirce e Dilthey, por não conceberem uma metodologia autorreflexiva da ciência, não conseguem encontrar o correto ponto de unidade entre conhecimento e interesse, permanecendo no campo dos interesses técnico e prático como condutores do conhecimento. Para ele, é somente em Fichte, ao subordinar a razão teórica à razão prática, que há o desdobramento do conceito de interesse da razão no sentido de um interesse emancipatório, inerente à própria razão agente. Ibidem, p. 302.

²¹¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 20.

²¹² Vide nota 199. A referência a um *transcendentalismo forte* refere-se ao fato de que, em Kant, os conceitos apriorísticos da consciência humana é que conformam a razão pura, trilhando o caminho para uma razão prática.

²¹³ BAPTISTA, Patrícia. Op. cit., p. 128.

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Op. cit., p. 321.

²¹⁵ Para Habermas, “[...] os procedimentos hermenêuticos pretendem assegurar a intersubjetividade do entendimento na comunicação em linguagem corrente e não ação sob normas comuns.” Ibidem, p. 275.

²¹⁶ Como bem observa Simioni, não foi Habermas quem efetuou a passagem do paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. O que ele fez foi utilizar-se dos aportes das “viradas-linguísticas”, notadamente de Wittgenstein, Heidegger, Gadamer de um lado, e Peirce, Austin, Mead e Searle de outro, para embasar a sua teoria da ação comunicativa e, posteriormente, a idéia da razão comunicativa, de maneira a substituir uma moral corretiva do sujeito, por uma moral procedimental intersubjetiva, que irá dizer aos participantes de uma interação “[...] como se deve proceder para saber o que devemos fazer.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Op. cit., p. 479/480.

²¹⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 22.

na qualidade de único exemplo tangível de uma ciência que se vale da autorreflexão como método[...] abrindo a possibilidade de um acesso metodológico, franqueado pela própria lógica da pesquisa[...]"²¹⁸. Para Habermas, o analista é o intérprete que faz a mediação de um sujeito consigo mesmo para que este compreenda a própria linguagem²¹⁹.

Embora mais tarde Habermas vá revisitar e revisar muitas dessas ideias trabalhadas em *Conhecimento e interesse*, são elas extremamente úteis para a construção de um processo administrativo previdenciário que possa se mostrar verdadeiramente dialógico e democrático²²⁰. A dimensão dialógica que deve ser atribuída à linguagem, segundo Habermas, exige sempre uma compreensão hermenêutica, já que existe uma discrepância fundamental entre o que objetivamente se fala ou se expressa de qualquer modo acerca de um contexto de vida e esse próprio contexto. Para ele, por mais que uma "[...] expressão lingüística possa dar conta de uma situação e expor seu elemento específico, sempre permanece um hiato entre ela e o que foi intencionada a partir das relações de vida, um hiato que deve ser fechado todas as vezes pela interpretação."²²¹.

4.2. O sujeito no processo administrativo previdenciário

Em um processo administrativo previdenciário - talvez de forma muito mais aguda do que em outros processos administrativos - os contextos de vida daquele que comparece diante do Estado com uma determinada pretensão apresentam, via de regra, complexidade fática que exige muito mais do que apenas uma coleta de informações objetiva e fragmentadamente obtida através de uma simples "entrevista". Assim, por exemplo, em um processo administrativo em que se pleiteia uma aposentadoria por idade em razão de serviços rurais com base no artigo 143 da lei 8.213/91²²², no qual não houve contribuições previdenciárias vertidas para o RGPS, é imprescindível a coleta dos depoimentos dos interessados e de testemunhas.

²¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Op.cit., p. 323.

²¹⁹ Ibidem, p. 342.

²²⁰ O "democrático" aqui se refere ao processo em que o administrado participe ativamente da construção da decisão a ser tomada pelo Estado.

²²¹ HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Op. cit , p. 260.

²²² "Art.143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea "a" do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício. BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

Dada a necessidade de comprovação de um tempo de serviço relativamente extenso, conforme a situação, nesses depoimentos não raramente as pessoas terão que reconstruir mentalmente os contextos de suas vidas, de maneira a expor os fatos que interessam à tomada de decisão por parte dos agentes públicos envolvidos no processo. Provavelmente, nessa circunstância, advêm muitas dificuldades relativas à própria dinâmica da interação entre o administrado e o servidor público, que podem ser traduzidas na forma de indagações: (i) será que o administrado consegue se lembrar adequadamente de todos os detalhes relevantes de sua história de vida? (ii) ainda que se lembre, possui a sua linguagem uma adequação sintática e semântica que permite a exata exposição fática e de sentido daquilo que objetivamente expressa? (iii) o servidor público responsável pela interação com o administrado compreende os contextos de vida daquele, com todas as peculiaridades de sua existência factual? (iv) por outro lado, consegue o administrado perceber as intenções, os interesses que estão subjacentes às indagações que lhe são apresentados pelo Estado através do servidor público?

Essas dificuldades, conquanto possam estar presentes também em outros processos administrativos, ainda que previdenciários, são agravadas se se considerar que, em regra, não apenas o cidadão que pretende obter o benefício previdenciário como também as suas testemunhas são pessoas simplórias, de pouca instrução formal, oriundas do meio rural, com linguajar, expressões e vivências próprias desse ambiente.

Por sua vez, os servidores públicos encarregados de realizar os procedimentos orais dentro do processo são, em geral, selecionados mediante concurso público e, por isso mesmo, com instrução formal superior, sendo quase sempre provenientes de cidades maiores, mais afeitos, pois, às realidades urbanas. Daí a dificuldade de um diálogo realmente intersubjetivo.

Uma situação como essa – no contexto psicanalítico - pode mesmo assemelhar-se a uma conversa travada entre “estrangeiros”, onde há uma dificuldade de compreensão mútua que tem o potencial de contaminar a intelegibilidade comunicativa. Assim:

Em geral, um falante competente expressa uma sentença de observação a partir da posição fundamental do *significado léxico* conhecido das asserções utilizadas, apenas em ligação com o que acredita observar naquela situação dada, assim como com aquilo que tem por verdadeiro. Porque os significados das palavras e opiniões podem variar independentemente um do outro, só então quando o falante estrangeiro tem por verdadeiro aquilo que se diz, os dados de observação – assim como, ao lado da conduta do falante estrangeiro, as circunstâncias nas quais ocorrem – podem dar ao intérprete explicação sobre o significado das asserções a serem interpretadas²²³. (destaque do autor)

²²³ HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 78.

Não seria exagero enxergar nesta dificuldade de interação dialógica e intersubjetiva aquilo que Habermas apontou em *Conhecimento e interesse* - quando de sua abordagem acerca dos aportes da psicanálise para a teoria social – como sendo “neuroses coletivas e culturas reprimidas”. Após cotejar as compreensões de Marx e Freud em relação aos interesses que são postos imediatamente no sistema do trabalho social segundo a relação de compensações sociais e onerações impostas²²⁴, Habermas irá concordar com Freud no sentido de que é expectável que as classes sociais que são postas de lado adentrem em um processo de duradoura insatisfação que se afirmará no interior da cultura à qual pertencem e para cuja manutenção contribuem sobremaneira, mas cujos bens produzidos lhes são deferidos em parcela mínima²²⁵.

No Brasil, não é difícil compreender como ocorreu o alijamento da classe trabalhadora rural ao longo da história, o que, sem dúvida alguma, serve de exemplo de como se desenrola esse processo de insatisfação e de internalização de baixa auto-estima mencionado por Habermas. O Brasil da década de 1950 experimentava um intenso processo de industrialização²²⁶, processo esse que o transformaria no mais industrializado país da América Latina²²⁷. No entanto, essa transformação de um país essencialmente agrário para um país com os olhos também voltados para a área industrial teria, obviamente, um custo não apenas financeiro – haja vista que qualquer processo de industrialização demanda alta concentração de dinheiro – mas, também, social, dada a necessidade de uma grande alocação de mão de obra no parque industrial que se desenhava²²⁸.

Para que fosse possível o deslocamento da massa de trabalhadores rurais para a atividade industrial, fez-se necessário o estabelecimento de mecanismos que garantissem o sucesso na negociação dos compromissos entre os grupos de proprietários urbano-industriais e as massas em vias de proletarianização, e que também assegurassem às classes proprietárias rurais o compromisso implícito de que continuariam a exercer a dominação política e econômica sobre os trabalhadores rurais²²⁹. E o mecanismo mais eficaz foi exatamente o alijamento da classe dos trabalhadores rurais dos benefícios advindos da industrialização. Como assevera Fernando Henrique Cardoso:

²²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Op. cit., p. 408.

²²⁵ Ibidem, p. 413.

²²⁶ GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Tradução de Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores, 2014. p.98.

²²⁷ Ibidem, p. 347.

²²⁸ CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. *Dependência e desenvolvimento na América Latina: Ensaio de Interpretação Sociológica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, p. 92

²²⁹ CARDOSO, Fernando Henrique. *Mudanças sociais na América Latina*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1969, p. 42.

Na realidade, as possibilidades de que a ascensão econômico-social e a participação crescente das massas urbanas possam dar-se com um ritmo razoável nas fases do crescimento econômico – e inclusive de que seja obtido um equilíbrio “tolerável” nos momentos de estancamento – dependem, em última instância, de que as massas rurais se mantenham marcadamente **excluídas dos benefícios gerados pela industrialização e o desenvolvimento**.²³⁰ (grifou-se)

Essa inferiorização do trabalhador rural em relação ao trabalhador urbano²³¹, afastando daquele os ganhos que a industrialização traria ao país, foi fruto, portanto, desse mecanismo porque não dizer “institucional” que dava primazia às atividades industriais - e indiretamente às de prestação de serviço tipicamente urbanos - na formulação das políticas públicas econômicas.²³² Assim, na medida em que há uma sobrevalorização da atividade industrial sobre a atividade campesina e uma modificação na posição de cada uma delas no processo de produção, é compreensível que haja um deslocamento do poder social de um para o outro grupo econômico, alterando a capacidade de imposição social dos interesses de cada um dos segmentos.

No campo previdenciário, essa relegação da atividade rurícola a um segundo ou terceiro planos de prioridades, acarretava certo “abandono” do trabalhador rural²³³, o qual, até a vigência da lei 8.213/91, encontrava-se quase que totalmente desprotegido dos infortúnios naturais (morte, idade avançada, doença) que justificam o apoio estatal via previdência social.

Esse quadro, dentro da ótica psicanalítica avalizada por Habermas, não poderia deixar de acarretar sintomas decorrentes de um quadro institucional de “violência”, muitas vezes internalizados inconscientemente pelos próprios trabalhadores rurais, a partir da formação de uma “autoridade exterior”, prolongada pela instauração de um “Supereu” no âmbito intrapsíquico²³⁴. Evidentemente que esse trabalhador rural, com a sua submissão e inferioridade internalizadas, tem dificuldade de reconhecer as suas próprias utilidade e

²³⁰ Ibidem, p. 42

²³¹ Essa “situação inferior” da massa de trabalhadores rurais em relação aos urbanos é destacada por Fernando Henrique Cardoso e Enzo Faletto ao afirmarem que, com o processo de industrialização, haveria a necessidade de formação de uma nova gama de consumidores de produtos industrializados, sendo que a pauta liberal seguida pelo modelo de desenvolvimento do Brasil foi de encontrar esses novos consumidores na população urbana o que acarretava a “[...] a presença de um extenso setor de massas rurais, que vive uma situação radicalmente distinta da que corresponde aos setores populares urbanos.” CARDOSO, Fernando Henrique; FALETO, Enzo, Op. cit., p.103.

²³² Esse fenômeno pode ser analisado a partir das considerações que Habermas traça acerca da relação existente entre o controle das forças de trabalho utilizadas socialmente, a distribuição da riqueza produzida socialmente e a distribuição do poder social.. Habermas afirma que “[...] por meio do padrão de distribuição das chances de satisfação de interesses socialmente reconhecidos, elas [as relações de produção] prejudgam a estrutura de interesses que subsiste numa sociedade.” HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, v.II, p. 304.

²³³ Mencione-se que até o advento da Constituição federal de 1988, o trabalhador rural não contava com um regime geral previdenciário que o acolhesse da mesma maneira que o trabalhador urbano, o que somente foi efetivamente implementado com a Lei 8.213/91.

²³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Op. cit., p.405.

importância como membro da sociedade e formador da cultura, o que não deixa de ser uma forma sutil de coação, que, como se verá mais adiante, impede a formação do consenso sob a ótica discursiva de Habermas.

Por sua vez, no outro lado da interação comunicativa, encontra-se o servidor público encarregado de representar o Estado naquele processo administrativo, o qual, pelas razões já apontadas, não compreende que a utilização de conceitos, esquemas, regras e critérios gerais - muitas vezes de maneira implícita²³⁵ - pode ser inadequada para a compreensão daquele caso concreto. Talvez, por detrás dessa inadequada percepção, exista um viés ideológico a partir daquela alocação do trabalhador rural a um plano socialmente inferior²³⁶.

Também em processos administrativos previdenciários que visem à obtenção de outros benefícios, tais como auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial, as dificuldades apontadas - com algumas distinções - podem se fazer presentes, sugerindo a necessidade de uma avaliação crítica da forma como a comunicação acontece no âmbito desses processos. Para isso, a compreensão do método de crítica reconstrutiva de Habermas, que procura explicitar e sistematizar os conceitos prévios utilizados implicitamente nas comunicações cotidianas²³⁷, é assaz útil e importante.

4.3. A razão comunicativa e o processo administrativo

Como já mencionado, *Conhecimento e interesse* recebeu várias críticas²³⁸, e na tentativa de respondê-las, Habermas formulará aquela que talvez seja a sua *magnum opus*: *Teoria do agir comunicativo*²³⁹. A obra é uma resposta de Habermas às críticas de que sua teoria anterior acerca dos interesses - aquela exposta em *Conhecimento e interesse* - não era capaz de ensejar a emancipação social que ele entendia possível através de uma reconstrução da teoria crítica da sociedade. Essas críticas se baseavam no fato de que haveria uma circularidade na teoria, pois ela estaria inserida na própria racionalidade que pretendia criticar

²³⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op.cit., p. 24.

²³⁶ No caso específico dos trabalhadores rurais que já exerciam atividades rurícolas antes da vigência da lei 8.213/91, o artigo 143 desta lei assegura-lhes um benefício no valor de um salário mínimo desde que comprovem atividade campesina, ainda que intermitente, sem necessidade de comprovação de recolhimentos previdenciários. Essa possibilidade costuma ser enxergada como um verdadeiro “favor” do Estado para esses trabalhadores, como se tratasse de um benefício assistencial, e não previdenciário, percepção equivocada que pode implicar na formação de um “preconceito” contra tais trabalhadores e, consequentemente, uma certa resistência para a concessão de benefícios em seu favor.

²³⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 24.

²³⁸ Vide a esse respeito, a crítica de ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. *Razão Comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas* apud. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 22.

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, v. I e II.

(a racionalidade do iluminismo burguês, a do positivismo), sem possuir qualquer utilidade prática.

Em seu pensamento anterior, Habermas já analisava a questão relativa à ação comunicativa²⁴⁰ como uma alternativa às ações ditas instrumentais, mas é em *Teoria do agir comunicativo* que ele irá concebê-la como uma teoria de ação social, ampliando a ideia que anteriormente apenas tangenciava, para criticar a ação racional orientada para fins e propor uma ação voltada para o entendimento (ação comunicativa)²⁴¹. E logo no início da obra Habermas deixa claro que o seu interesse não se reduz apenas a um método de fundamentação teórico-linguístico das ciências sociais, mas a um interesse substancial, como que a dar uma resposta aos seus críticos que não viam utilidade prática em suas concepções anteriores²⁴².

Com essa nova teoria, Habermas irá tentar formatar uma teoria crítica da sociedade que não estivesse presa às concepções burguesas do iluminismo, utilizando-se, para tanto, daquilo que ele irá denominar de “razão comunicativa” e da concepção de uma nova ordem social através da distinção entre integração sistêmica e integração social²⁴³.

No tocante ao primeiro dos aportes dessa nova teoria da sociedade contemporânea, é fundamental entender o papel da racionalidade em Habermas. Ao afirmar que o tema central da filosofia é a razão, Habermas ressalta que o avanço da consciência reflexiva no mundo faz com que a filosofia contemporânea passe a se interessar pelas condições formais da racionalidade do conhecer, do entendimento verbal mútuo e do agir²⁴⁴. Diante dessa nova perspectiva, a teoria da argumentação ganha um significado especial ao reconstruir os pressupostos e condições formais-pragmáticos de um comportamento explicitamente racional.

No entanto, para Habermas, de todas as ciências sociais, a sociologia foi a “[...] única que conservou a referência a problemas da sociedade como um todo [...]”²⁴⁵, não restringido as questões da racionalização a formatos reduzidos, como fizeram outras ciências sociais, v.g., a economia e a política. Com isso, coube à sociologia a tarefa de explicar como evoluiu a modernização capitalista de sociedades pré-burguesas. E ela o faz (i) analisando os aspectos de agir passíveis de racionalização (questão metateórica), (ii) aclarando as relações internas entre significado e validade (questão metodológica) e (iii) descrevendo a

²⁴⁰ Em *Conhecimento e interesse* Habermas utiliza-se das concepções de Dilthey acerca da ação comunicativa como forma de interação com base na expectativa de um comportamento recíproco entre os participantes de uma conversação, mas ainda sem a profundidade com que irá tratá-la posteriormente na *Teoria do Agir Comunicativo*. HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Op.cit., p. 260.

²⁴¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 26.

²⁴² HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, v. I, p. 9.

²⁴³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p.27.

²⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op.cit., v.I, p.20.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 26.

modernização da sociedade sob o ponto de vista de uma racionalização cultural e social e o sentido em que ela ocorre (questão empírica)²⁴⁶.

Mas essa racionalização implica conhecer o verdadeiro sentido do vocábulo razão. Após relacionar razão menos à posse do conhecimento e mais à maneira pela qual o homem adquire e emprega o saber, Habermas apresenta, inicialmente, dois problemas: (a) o que significa comportar-se “racionalmente”? (b) se determinada exteriorização pode ser considerada “racional”, o que isto quer dizer?²⁴⁷

Para responder a tais indagações, Habermas propõe uma conceituação provisória de racionalidade. Para isso, ele rechaça as ideias de que a simples disposição de sofrer críticas e a capacidade de se fundamentar seriam suficientes para considerar como racional determinada exteriorização, uma vez que a racionalidade presente na prática comunicativa possui um aspecto muito mais amplo do que apenas a questão da veracidade e da eficácia das exteriorizações²⁴⁸.

Para entender o que seja essa racionalidade comunicativa de que fala Habermas, é preciso, inicialmente, distingui-la da denominada racionalidade cognitiva-instrumental. Através dessa última, o agente parte de um uso não comunicativo do saber proposicional para tomar determinada decisão. Trata-se, pois, de uma racionalidade finalística, baseada na relação entre meios e fins, “[...] que se auto-afirma no mundo através da sua orientação ao êxito na consecução de fins.”²⁴⁹. Essa racionalidade, por meio do empirismo, marcou fortemente a autocompreensão da modernidade.

Ainda na versão cognitiva, ou seja, com referência ao saber descritivo, Habermas irá identificar outro tipo de racionalidade que considera o emprego comunicativo do saber proposicional em ações de fala, situação em que os diversos participantes superam suas concepções inicialmente subjetivas para, graças à concordância de convicções racionalmente motivadas, assegurar-se ao mesmo tempo da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade de seu contexto vital²⁵⁰. Essa racionalidade será por ele denominada de comunicativa e será o ponto de partida de sua teoria do agir comunicativo.

Contudo, Habermas afirma que não são chamados de agentes racionais apenas aqueles capazes de fundamentar uma asserção diante de um crítico, uma vez que ao lado dessas ações comprovativas de fala, existem as ações reguladas por normas e as

²⁴⁶ Ibidem, p.28.

²⁴⁷ Ibidem, p.32.

²⁴⁸ Ibidem, p.34.

²⁴⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op.cit., p. 28.

²⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op.cit., v.I, p.20.

²⁵⁰ Ibidem, p. 35/36.

autorrepresentações²⁵¹. Naquelas o agente tem a pretensão de que seu comportamento seja correto, com referência a um contexto normativo e legitimamente reconhecido, sendo que esse agir, segundo Habermas, está relacionado ao denominado mundo social.

Já nas ações que se manifestam como autorrepresentações expressivas, o agente procura demonstrar a veracidade de uma vivência subjetiva (valores pessoais, estéticos, desejos, sentimentos *etc*), e Habermas irá associar esse agir ao denominado mundo subjetivo²⁵². Segundo ele, em todas essas modalidades de ação pode-se vislumbrar a existência da racionalidade, na medida em que o agente as vincule a uma pretensão de validade passível de crítica não arbitrária; ou seja, elas podem cumprir o pressuposto central da racionalidade: fundamentação e sujeição a críticas. Para ele:

Isso significa que exteriorizações racionais são acessíveis a um julgamento objetivo – o que vale para todas as exteriorizações simbólicas que estejam ligadas ao menos implicitamente a pretensões de validade (ou a pretensões que mantenham uma relação interna com uma pretensão de validade passível de crítica).²⁵³

Entretanto, a racionalidade comum aos três tipos de racionalidade (instrumental, normativa e expressiva) é a capacidade de um ator de justificar a racionalidade do seu comportamento não em uma dimensão apriorística, típica da filosofia da consciência, e sim no jogo intersubjetivo da linguagem. É através da linguagem que o ator poderá apresentar suas boas razões para que as suas pretensões de validade (fundamentação) sejam consideradas verdadeiras, corretas e sinceras²⁵⁴.

Porém, como existem pretensões de validade controversas a partir de exteriorizações problemáticas²⁵⁵, Habermas irá propor as seguintes indagações que devem ser respondidas para que se possa considerar como racional determinada ação. São elas: (a) como se podem sustentar com boas razões as pretensões de validade problemáticas? (b) como criticar as razões? (c) o que tornam alguns argumentos mais fortes ou mais fracos que outros?²⁵⁶

As respostas a essas indagações, na teoria do agir comunicativo, somente são possíveis através de uma argumentação que satisfaça às três pretensões de validade (verdade, correção e sinceridade), pois essas, articuladas, é que são as condições universais para que

²⁵¹ Ibidem, p. 44.

²⁵² Ibidem, p.50.

²⁵³ Ibidem, p. 56.

²⁵⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op.cit., p. 30.

²⁵⁵ Habermas apresenta um quadro sinótico onde associa as diversas formas de argumentação às exteriorizações problemáticas e pretensões de validade controversas, estas duas por ele denominadas “grandezas referenciais”. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op.cit., v.I, p.57.

²⁵⁶ Ibidem, p.58.

uma ação social seja considerada universalmente racional²⁵⁷. E essa “fala argumentativa”, a partir de uma visão aristotélica (retórica, dialética e lógica), compreende três dimensões: processo, procedimento e produção de argumentos²⁵⁸.

Na dimensão processual, os participantes de uma argumentação devem pressupor que a estrutura de comunicação exclui toda coação, interna ou externa, exceto a coação do melhor argumento, o que implica a necessidade de desativação de todos os motivos pessoais (egoísticos), exceto o da busca da verdade²⁵⁹. Na dimensão procedimental, a argumentação compreende uma forma de interação especialmente regulamentada, onde ocorrem a tematização da pretensão problemática, a assunção de um posicionamento hipotético e a checagem da subsistência da pretensão a partir das razões e somente delas²⁶⁰. Em um terceiro e último momento, a argumentação se volta para a produção de argumentos procedentes e convincentes, os quais irão permitir o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade²⁶¹ levantada de forma hipotética, já que o argumento transforma opinião em saber²⁶².

É dizer, portanto, que a argumentação, em seu aspecto processual, implica a necessidade de um modelo de ação voltado para o entendimento intersubjetivo, consistente num diálogo não coercitivo no círculo de todos os afetados pela norma discutida. Para isso, os sujeitos aptos a manifestações linguísticas e à prática de ações, quando compartilham seus mundos de vida em cada momento da interação “[...] devem poder ‘se relacionar’ ‘com algo’ no mundo objetivo, quando quiserem se entender entre si ‘sobre algo’ na comunicação, ou conseguirem ‘algo’ nas relações práticas.”²⁶³.

Esse compartilhamento intersubjetivo, através de um processo argumentativo constante nas interações, é de suma relevância no âmbito de um processo administrativo previdenciário, principalmente se se considerar a possível “coação” que alguns paradigmas do direito administrativo (v.g. a supremacia do interesse público, a presunção de legitimidade do ato administrativo, dentre outros, conforme visto em 2.3) podem exercer sobre os participantes do processo. Nenhum participante, na ótica habermasiana, detém o monopólio

²⁵⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Op. cit., p. 482.

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op. cit., v.I, p. 60/63.

²⁵⁹ Ibidem, p.60.

²⁶⁰ Ibidem, p.61.

²⁶¹ Convém distinguir “pretensões de validade” das “condições de validade”. Estas se referem à adequação entre aquilo que é manifestado (proposição) e o estado de coisas observado nos mundos objetivo, social e subjetivo, correspondendo, respectivamente à verdade, à correção normativa e à sinceridade. As pretensões de validade, por sua vez, “[...] são as expectativas que os falantes depositam nos demais participantes da interação, no sentido de que eles reconheçam a verdade, a correção normativa e a sinceridade das suas proposições.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 31.

²⁶² HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op. cit., v.I, p.61.

²⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destrancendentalizada*. Op. cit., p. 39.

do que deve ser considerado válido ou não, sendo que a única “coação”²⁶⁴ possível é a do *melhor argumento*²⁶⁵. Assim:

[...] Habermas conclui que, por se tratar de uma experiência comunicativa, é impossível compreender um significado solipsisticamente. Nem mesmo uma regra normativa pode ser seguida solipsisticamente, posto que a dimensão prática de uma regra também está na capacidade de participação social. Isso significa que a compreensão de um significado – qualquer significado – exige um processo intersubjetivo de entendimento.²⁶⁶

No procedimento argumentativo que ocorre no âmbito da interação intersubjetiva haverá um pano de fundo de um pré-entendimento exercitado culturalmente²⁶⁷, ou seja, uma imersão dos participantes na historicidade do mundo vivido das pré-compreensões linguísticas²⁶⁸, de maneira que aquele pano de fundo, inicialmente, permanece não problemático. No entanto, à medida que cada uma das situações da interação precisa ser definida, deve haver uma negociação entre os participantes através de um recorte temático do mundo²⁶⁹, ou, em outras palavras, deve haver novas problematizações, onde aquela realidade “desde sempre” compreendida é vista apenas como hipótese, pois dela se duvida através de novas pretensões de validade²⁷⁰.

A questão que se coloca especificamente no âmbito do processo administrativo previdenciário é saber se os participantes da interação (servidor e segurado) conseguem compartilhar intersubjetivamente o mesmo mundo objetivo. Ou, em outras palavras, se eles estão aptos a enxergarem a realidade “desde sempre” para negociarem a cada situação que se apresentar durante o processo administrativo, estabelecendo as pretensões de validade que deverão ser satisfeitas.

A resposta dada pela teoria da ação comunicativa parece estar exatamente no fato de que ela coordena as ações dos participantes na busca consensual do entendimento, isto é, estabelece, seletivamente, um processo cooperativo de interpretação da situação²⁷¹. Para isso, necessária a interpretação das experiências vivenciadas pelos participantes, o que será

²⁶⁴ Necessário ressaltar que Habermas reconhece a necessária coercitividade do direito. Apenas compreende que a possibilidade de sanção não deve ser o elemento conduto do agir social quando se está em conflito. O que deve prevalecer é o consenso e a inclusão para legitimar as soluções das controvérsias. Cf. ALBERTON, Genacéia da Silva. Ação comunicativa e jurisdição: uma contribuição habermasiana. *Revista da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, Ano 12, v. 23, jan/dez. p.85-102, 2004.

²⁶⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op.cit., p. 42.

²⁶⁶ Ibidem, p.44.

²⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op. cit., v.I, p. 193.

²⁶⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op.cit., p. 44.

²⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op. cit., v.I, p. 193.

²⁷⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p.44.

²⁷¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p.41.

possível através das expressões lingüísticas, as quais servirão de “[...] *medium* da interpretação e comunicação do saber.”²⁷².

É aí que Habermas sente a necessidade de explicar que não existe uma conexão interna entre significado e validade. O entendimento do significado²⁷³ de um texto (ou de uma fala, no caso da instrução oral em um processo administrativo previdenciário) depende do juízo acerca do cumprimento das pretensões de validade. Entender, no entanto, não significa aceitar, mas levar a sério as pretensões de validade, para verificar se a manifestação simbólica cumpre ou não com os pressupostos de validade universais²⁷⁴.

Assim, a racionalidade não está previamente objetivada apenas naquilo que se fala, mas na certificação de que foram satisfeitas as pretensões de validade (verdade, correção normativa e sinceridade) consensualmente obtidas, sendo que a suscetibilidade à crítica é que permite o entendimento na ação comunicativa, pois:

Na medida em que os participantes da comunicação compreendem aquilo sobre o que se entendem como *algo em um mundo*, como algo que se desprende do pano de fundo do mundo da vida para se ressaltar em face dele, o que é explicitamente *sabido* separa-se das *certezas* que permanecem implícitas, os conteúdos comunicados assumem o caráter de um saber que se vincula a um potencial de razões, pretende validade e pode ser criticado, isto é, contestado com base em razões. (destaque do autor)²⁷⁵

Essa compreensão, no entanto, precisa ser “[...] conquistada discursivamente mediante a avaliação dos pressupostos de validade de declarações, afirmações e constatações com referência simultânea a um mudo objetivo, social e subjetivo.”²⁷⁶. E para Habermas, a concepção de discurso está estreitamente vinculada a uma pretensão de validade pragmaticamente considerada sob o viés lingüístico²⁷⁷.

Assim, se sob o enfoque semântico, o modo de ser fundamental das exteriorizações é determinado de acordo com as pretensões de validade de verdade, correção, adequação ou compreensibilidade (ou boa formulação), Habermas considera que para identificar as possibilidades de fundamentação da validade de enunciados, faz-se necessário recorrer às implicações pragmáticas do conceito de validade, sendo que somente pode ser considerado discurso:

²⁷² HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*: ensaios filosóficos. 2.ed. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 233.

²⁷³ Posteriormente, em sua teoria discursiva, Habermas ira substituir o significado pela faticidade quando confrontadas a vigência normativa social com a vigência normativa ideal.

²⁷⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 49.

²⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2. reimp. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013. p.169.

²⁷⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 50.

²⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Op. cit., p. 41.

De minha parte, só pretendo falar em ‘discursos’ quando o sentido da pretensão de validade que estiver sendo problematizada compelir conceitualmente os participantes à suposição de que se pode almejar, por princípio, um comum acordo racionalmente motivado.²⁷⁸

Em síntese, em um discurso nos moldes do “agir comunicativo”, a pretensão de validade somente é acatável pelos participantes de um evento interpretativo se puder ser criticada e se for aberta a eventuais objeções. Daí a razão pela qual em uma interação nos moldes da teoria da ação comunicativa não há, necessariamente, uma posição privilegiada em favor de um ou de outro participante, ainda que a um deles pudesse, *a priori*, ser conferido algum *status* superior em função de alguma expertise ou de um suposto “dogma” científico²⁷⁹.

Ou seja, um acordo obtido mediante imposição, quer por argumentos “de autoridade” (no caso em estudo, algo como “*o servidor público é mais capacitado para analisar os fatos e extrair a conclusão correta*”), quer por utilização de suposições dogmáticas (“*deve ser sempre observado o princípio da supremacia do interesse público*”), não satisfaz às premissas do agir comunicativo de Habermas, uma vez que ainda que seja possível forçar um acordo de maneira objetiva, “[...] o que se estabelece de maneira visível por meio de ações efetivas vindas de fora ou mediante o uso da violência, nada disso pode ser considerado comum acordo, de um ponto de vista subjetivo.”²⁸⁰.

Fique claro, no entanto, que quando se fala em acordo no âmbito da ação comunicativa não se trata de uma referência à necessidade de unanimidade, mas, sim, de consenso a respeito da definição da situação problematizadas no âmbito daquela interação. Este consenso, por sua vez, tem que ser obtido discursivamente, através da aceitação intersubjetiva das pretensões de validade suscitadas na interação²⁸¹. E esse discurso há que se fundamentar em uma teoria pragmática-formal da linguagem, ou seja, um esquema que permita que todos os participantes da interação possam ficar seguros que aquilo que cada um deles assevera consegue ser racionalmente justificado. Para Habermas, um ato de fala pode ser denominado *aceitável* quando cumpre as condições necessárias para que um ouvinte possa assumir uma posição ‘*sim*’ diante da pretensão manifestada pelo falante²⁸², e a teoria pragmática-formal da linguagem é a única capaz de explicar os efeitos comportamentais dos

²⁷⁸ Ibidem, p.91.

²⁷⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 46.

²⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op.cit., v.I, p. 498.

²⁸¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 65.

²⁸² HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op.cit., v.I, p. 516.

atos de fala em sociedades modernas²⁸³. E por que? Porque as pretensões de validade são levantadas não apenas pelo que se diz, mas também pelo modo como se diz algo e pelo que se entende a partir do que foi dito²⁸⁴, sendo passíveis de confirmação apenas através do discurso.

A ação comunicativa exige a idealização de sua justificação racional segundo pretensões de validade que são, ao mesmo tempo, universais e contextuais, transcendentais e situadas. [O]s participantes de uma interação, ainda que situados no espaço e no tempo, exigem a justificação racional de pretensões de validade universalmente idealizadas no espaço e no tempo,. Isto é, como se fosse válido em qualquer lugar, bem como válido também para o futuro.²⁸⁵

Desta maneira, enquanto a ação comunicativa vincula pretensões de validade suscetíveis de críticas, enunciando algo verdadeiro sobre a realidade, estabelecido conforme norma legítima e com sinceridade, a razão comunicativa surge como um mecanismo de reestruturação do mundo vivido, tornando possível a resolução dos problemas ligados à modernidade. A razão comunicativa, portanto, permitirá a formação de uma moral coletiva que trará a coesão social perdida na modernidade²⁸⁶.

4.4. Mundo vivido, integração social, integração sistêmica e o direito no âmbito do processo administrativo previdenciário

Pelo que já foi dito, um processo administrativo previdenciário, para que possa ocorrer num ambiente verdadeiramente democrático sob a ótica habermasiana, há de pressupor um mundo compartilhado pelos envolvidos no processo, sem o que restará prejudicada a função pragmática da linguagem enquanto instrumento de emancipação social.

Esse compartilhamento acontece a partir no “mundo vivido”²⁸⁷ que para Habermas é “[...] um acervo de saber e de cultura não problematizado e pré-interpretado, mas que pode ser problematizado na ação comunicativa, e por isso, exigirá um acordo racionalmente motivado

²⁸³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade comunicativa*. Op. cit., p.53.

²⁸⁴ Ibidem, p.55.

²⁸⁵ Ibidem, p.57.

²⁸⁶ Posteriormente, Habermas irá substituir a moral pelo direito. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 68.

²⁸⁷ A expressão mundo da vida” foi cunhada pelo filósofo Edmund Husserl com o objetivo de contrapor o mundo da vida ao pensamento cientificista predominante desde meados do sec. XIX até início do sec. XX (positivos sociológico), em que a metodologia das ciências da natureza era a única forma possível de conhecimento. Para Husserl, o mundo da vida é o amplo espaço de experiências, certezas pré-categoriais, relações intersubjetivas e valores que nos são familiares no trato cotidiano com homens e coisas, não sendo necessário recorrer à ciência experimental. In http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma_juridico/pjuridico_v8n1/prismav8n1_3d1454.pdf. Habermas apropria-se desse conceito de Husserl, vislumbrando a sua imprescindibilidade para a formulação da teoria do agir comunicativo. No entanto, entende que a concepção de Husserl está bastante focada na filosofia da consciência (solipsista), sendo que para o agir comunicativo é importante a adoção da filosofia da linguagem, em que o conhecimento e o entendimento dos indivíduos são construídos intersubjetivamente. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op.cit., p.138.

pelas três pretensões de validade referidas simultaneamente a cada um dos três conceitos formais de mundo.”²⁸⁸. Assim, se os participantes de uma interação compartilham o mesmo pano de fundo, eles podem, através de uma interação intersubjetiva, problematizar pré-compreensões, compartilhar entendimento e apreender uma forma de vida mais autêntica²⁸⁹.

Esse compartilhamento, contudo, não é uma tarefa simples, pois além daquilo que Habermas denomina de integração social²⁹⁰, há também uma integração sistêmica²⁹¹, que torna complexa a intersubjetividade entre os participantes de uma interação²⁹². Em outras palavras, Habermas irá apontar essa dificuldade através do seguinte questionamento: “[...] como o mundo da vida, enquanto horizonte no qual os que agem comunicativamente se encontram *desde sempre*, é limitado e transformado pelas mudanças estruturais que ocorrem na sociedade com um todo?”²⁹³.

Novas situações podem se constituir em um entrave para a integração social na medida em que as ordens legítimas existentes não conseguem suprir as necessidades de coordenação das manifestações e interações entre os atores²⁹⁴. No caso específico de um processo administrativo previdenciário cujo objeto seja, por exemplo, a obtenção de um benefício por atividade rural, podem ser apontados como “entraves” a já mencionada modificação da sociedade brasileira – de um perfil essencialmente agrícola para uma conformação mais urbana – assim como a própria estruturação do poder estatal diante da maior participação do Estado como grande responsável pela seguridade social.

É somente através da integração social do mundo vivido que será assegurada a ligação entre as novas situações sociais e as situações já existentes ou previamente experienciadas²⁹⁵. E quanto maior a complexidade das estruturais sociais, maior a necessidade de uma racionalidade comunicativa, pois:

²⁸⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 73.

²⁸⁹ Isso por que, para Habermas, “[...] um mundo da vida constitui o horizonte de processo de entendimento por meio dos quais os envolvidos se embatem ou se põem de acordo sobre algo que está no mundo objetivo, em seu mundo social ou em um mundo subjetivo em particular.” HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op.cit., v.I, p. 245.

²⁹⁰ A integração social é a integração de sistemas de ação baseada em um consenso alcançado normativamente ou comunicativamente. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 70.

²⁹¹ Já a integração sistêmica é a integração de sistemas de ação baseada em regulações não-normativas de decisões egocêntricas. Ibidem, p. 70.

²⁹² Através dos conceitos de integração social (mundo vivido) e integração sistêmica (sistema de poder, econômico, etc), Habermas afirma que somente a ação comunicativa permitirá a problematização do saber não problematizado do “mundo vivido” dos participantes da interação, com o objetivo de se obter um consenso válido a respeito de determinada situação. Isso porque é a ação comunicativa que pode iluminar os saberes implícitos desse mundo vivido, que é pano de fundo da pré-compreensão (tradições, significados e cultura de uma sociedade). SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 70.

²⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op.cit., v. II, p. 218.

²⁹⁴ Ibidem, p.257.

²⁹⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 75.

[...] quanto mais os componentes estruturais do mundo da vida e os processos que servem à sua manutenção são diferenciados, tanto mais os contextos da interação passam a depender das condições de um entendimento motivado racionalmente, ou seja, da formação de um consenso respaldado, em *última instância*, no melhor argumento.²⁹⁶

Observa-se, portanto, uma tensão entre o mundo vivido (integração social) e os sistemas funcionais (integração sistêmica): estes últimos racionalizam instrumentalmente o primeiro, transformando-o, de certa maneira, em mais um subsistema da sociedade ao lado de outros, como, por exemplo, os mercados e o poder administrativo²⁹⁷. Como consequência disso, as exigências éticas começam a ser deixadas de lado em prol de razões instrumentais, as quais transformam todas as razões em cálculos utilitaristas e individuais de êxito em oportunidades.

Um desses mecanismos de auto-regulação de sistemas funcionais é exatamente o poder administrativo do Estado, o qual acaba por “contaminar” os processos administrativos, notadamente os previdenciários, na medida em que desafia a realidade social vivenciada pelos que estão inseridos no sistema da seguridade social, a fim de que ela, a realidade, “se adeque” às exigências daquele poder administrativo. Esse mecanismo se manifesta por meio de propostas dogmáticas tomadas como verdadeiros princípios: supremacia do interesse público sobre o interesse privado, presunção de legitimidade do ato administrativo, reserva do possível, interpretação da norma *pro fisco*, legalidade estrita, dentre outras.

Haveria uma maneira de “descolonizar” esse mundo vivido, minimizando os efeitos desses mecanismos funcionais que afetam a dinâmica de um processo administrativo previdenciário? Se a resposta for afirmativa, como isso se daria? Na perspectiva de Habermas, a possível solução estaria exatamente na ação comunicativa, única maneira “de *resgatar* a eticidade do ‘*mundo vivido*’ já que [...] a ação comunicativa pode expandir os âmbitos de ação coordenados por acordos comunicativos, conquistados pela força livre e imparcial do melhor argumento.”²⁹⁸

Mas, ainda que se vislumbre o caminho, percorrê-lo nem sempre é tarefa fácil. Isso porque, conquanto convicto de que o entendimento na busca do melhor argumento é a solução, Habermas reconhece que na comunicação cotidiana, regulada por normas, pode ocorrer fracasso na coordenação das ações que visem ao entendimento, “[...] abrindo espaço

²⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. Op.cit., v. II, p. 263.

²⁹⁷ “Em síntese, os mecanismos de integração sistêmica, como o poder e o dinheiro, passam não apenas a tornar dispensáveis os mecanismos de integração social (entendimento comunicativo em um mundo vivido), mas também passam a colonizar o próprio ‘mundo vivido’, imprimindo nele os seus imperativos sistêmicos de utilidade e oportunidade individual.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p.77.

²⁹⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p.77

para o risco de um confronto violento.”²⁹⁹. Como forma de evitar esse fracasso, surgem novos mecanismos cujo escopo é “[...] represar conflitos escancarados, a fim de que a base do agir orientado pelo entendimento – e, com isso, a integração social do mundo da vida – não seja prejudicada.”³⁰⁰. Esses mecanismos são as normas morais e as normas jurídicas.

O direito³⁰¹ passa a ser o mecanismo que irá atuar quando os mecanismos de interação sistêmica fracassarem, ou seja, quando surgirem conflitos que não puderem ser resolvidos pela via do entendimento intersubjetivo. Assim, o direito positivo, a partir da idéia de que a soberania popular e os direitos fundamentais em que ele se baseia são fruto das estruturas pós-convencionais da moralidade³⁰², “[...] conquista a possibilidade de generalizar motivos e valores, a partir dos quais o consenso fica abstratamente antecipado no sistema jurídico.”³⁰³.

Mas, para antecipar o consenso, o direito positivo assume a posição de uma metainstituição, uma instituição de segunda ordem, que deverá atuar quando as instituições de primeira ordem – poder político, economia, etc – fracassarem, passando essa atuação a ser eticamente neutra³⁰⁴. Em outras palavras, se o direito se faz necessário para antecipar consensos, para dirimir conflitos cuja coordenação de ação visando ao entendimento não foi capaz de resolver, a sua eficácia - a partir da visão positivista de um Estado Constitucional burguês³⁰⁵ - não pode estar atrelado a motivos éticos, eis que esses já teriam sido considerados quando da elaboração dos textos legais. Assim, uma função jurisdicional se tornaria legítima pura e simplesmente pela invocação do direito positivo “[...] que entra no lugar das normas do agir orientado pelo entendimento.”³⁰⁶.

Quais as conseqüências da utilização do direito positivo nessa perspectiva? Em princípio, Habermas parece visualizar um viés positivo, haja vista que a generalização dos valores e motivos pelo direito tenderia a purificar as estruturas gerais de ação orientadas ao entendimento comunicativo³⁰⁷, provocando, dessa maneira, “[...] graus cada vez mais altos de racionalização do ‘mundo vivido’.”³⁰⁸. Por outro lado, a generalização dos motivos e valores

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op.cit., v. II, p. 313.

³⁰⁰ Ibidem, p. 313.

³⁰¹ Essas considerações acerca do papel do direito são aquelas trabalhadas por Habermas no âmbito da *Teoria do Agir Comunicativo*. Posteriormente, Habermas irá modificar sensivelmente seu entendimento acerca desse papel na obra *Direito e Democracia*: entre a facticidade e a validade, como será abordado à frente.

³⁰² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 80.

³⁰³ Ibidem, p.81.

³⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op. cit., v.II, p. 321.

³⁰⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 80.

³⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op. cit., v. II, p. 321.

³⁰⁷ Ibidem, p.325.

³⁰⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p.81.

perpetrada pelo direito resulta numa separação entre o agir orientado pelo entendimento e o agir orientado pelo sucesso, abrindo espaços para um agir teleológico³⁰⁹.

Ocorre, assim, uma “desvalorização dos processos de entendimento comunicativo”³¹⁰, fazendo com que os atores passem a agir estrategicamente, na medida em que avaliam o custo-benefício de cada postura diante das sanções e/ou eventuais benefícios que podem sofrer ou auferir. Portanto, o direito, que inicialmente seria um eficaz instrumento para o entendimento na medida que antecipa consensos, acaba por se transformar em um mecanismo de atuação estratégica que prejudica ou subjuga a importância do próprio entendimento intersubjetivo³¹¹.

Trazendo essa perspectiva acerca do papel do direito positivo para o processo administrativo previdenciário, é possível vislumbrar que a intensa positivação normativa na área do direito previdenciário resulta na desnecessidade de uma ação comunicativa, de uma intersubjetividade nas interações, o que de certa maneira burocratiza “*as relações informais de organização social*”³¹². Com essa onipresença do direito, os envolvidos no processo administrativo passam a dispor de uma gama enorme de regulações positivadas que acaba por prejudicar uma ação comunicativa orientada para o entendimento cooperativo³¹³.

Dessa maneira, abre-se espaço para um agir estratégico por parte não apenas do Estado, através do servidor público encarregado da condução do processo administrativo, mas também do administrado, do cidadão interessado na obtenção do benefício, os quais, conhecendo os textos legais, podem pautar suas ações não de maneira a satisfazer as condições para que haja um consenso em torno do melhor argumento, mas para a satisfação de suas pretensões egocêntricas. Por essas razões, tal como afirma Simioni, “o direito não deve ser utilizado como um mecanismo de imposição das estruturas do **poder administrativo** e do dinheiro dos mercados sobre as estruturas comunicativa do ‘mundo vivido’”³¹⁴(grifei). Sob essa perspectiva, ao final de sua obra *Teoria do agir comunicativo*, Habermas irá asseverar que:

[...] o lugar do direito utilizado como meio deve ser ocupado por procedimentos de regulação de conflitos adequados às estruturas do agir orientado pelo entendimento,

³⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op. cit., v.II, p. 326.

³¹⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 82.

³¹¹ Conforme observado por Rafael Lazzarotto Simioni, essa perspectiva acerca do papel do direito será modificada por Habermas quando da sua obra *Direito e democracia*, o que será objeto de análise mais à frente. SIMIONI, ibidem, p. 81, nota de rodapé 272.

³¹² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 85.

³¹³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op.cit., v. II, p. 562.

³¹⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 84.

isto é, por processo de formação discursiva da vontade e por procedimentos de negociação e de decisão orientados pelo consenso.³¹⁵

Essa constatação de Habermas será o ponto de partida para a sua teoria discursiva do direito, a qual culminará na modificação de sua visão acerca da relação entre direito e moral: se antes ele enxergava a moral como um instrumento corretivo do direito – exatamente como maneira de “descolonizar o mundo vivido” – posteriormente irá propor uma cooriginariedade de ambos, a partir de uma teoria do discurso deontologicamente neutro³¹⁶. Essa é a razão pela qual Habermas é comumente inserido dentro dos teóricos do direito denominados “procedimentalistas”.

³¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. Op.cit., v. II, p. 666.

³¹⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p.86.

5. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO DEMOCRÁTICO

5.1. Os princípios *U* e *D*: prolegômenos da teoria discursiva de Habermas e o processo administrativo previdenciário

Habermas inicia o “resgate” do papel do direito como um mecanismo de integração social a partir da constatação de que ele é o instrumento de mediação entre a faticidade (correção normativa) do mundo e a validade dos discursos sobre o mundo (universalização)³¹⁷. No âmbito do objeto desta pesquisa, o mais importante é entender o que significa discurso para Habermas, já que em um processo administrativo previdenciário a forma e o procedimento observados nas interações entre o servidor público e o administrado são de fundamental importância para que se possa conhecer “o melhor argumento” e, quem sabe, chegar-se a um consenso.

O discurso, para Habermas, não diz respeito à possibilidade de que cada um dos participantes de uma interação exponha seus argumentos para tentar impor argumentativamente seus interesses; ele, o discurso, deve, ao contrário, criar as condições ideais para que haja um convencimento livre de coações, a não ser a do melhor argumento³¹⁸. Nesta ótica, Habermas apresenta duas formulações, as quais ele irá designar como princípio da universalização (U) e o da ética discursiva(D).

(U) Toda norma válida deve satisfazer à condição [de] que as conseqüências e efeitos colaterais, que [previsivelmente] resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela *universalmente* seguida, possam ser aceitas por todos os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecida de regragem).³¹⁹

(D) Toda norma válida encontraria o assentimento de todos os concernidos, se eles pudessem participar de um Discurso prático.³²⁰

Fique claro que a ideia habermasiana de discurso não pressupõe nenhuma orientação de conteúdo, pois o que importa para ele é que haja um procedimento que observe vários pressupostos, de forma a garantir a imparcialidade da formação do juízo³²¹. Esse procedimento, esse processo, ao qual Habermas denomina *Discurso prático*, apesar de formal

³¹⁷ Ibidem, p. 86.

³¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Op. cit., p. 194.

³¹⁹ Ibidem, p. 86. Mais à frente, nessa mesma obra (p.147), Habermas irá acrescentar a “não coação” na definição do princípio *U*.

³²⁰ Ibidem, p. 148.

³²¹ Ibidem, p. 148.

– por não indicar orientação conteudística – não significa total abstração de conteúdos no seu proceder, mas apenas a consideração desses de forma contingente, sem que “contaminem” a consensualidade acerca do melhor argumento³²².

Pode-se afirmar, então, que é a partir da teoria discursiva que a ação comunicativa começa a se tornar mais palpável, mais concreta, na medida em que viabiliza “[...] a construção de um procedimento capaz de garantir as condições ideais de fala.”³²³. Através dessa “competição discursiva” pelo melhor argumento que cada um dos atores envolvidos na interação poderá aceitar a verdade que racionalmente se mostrar mais aceitável³²⁴; em outras palavras, na ação comunicativa, cada um dos participantes deverá envolver-se no Discurso prático (aquele que observe os princípios *U* e *D*), apresentando suas pretensões de validade de forma objetiva, correta e sincera, mas aceitando que cada uma delas “permaneça suspensa” até que se encontre, de forma racional, o melhor argumento.

A importância desse procedimento discursivo, inclusive no âmbito de um processo administrativo previdenciário, é exatamente a idéia de que tudo possa ser objeto de discussão, tudo possa ser objeto de crítica, já que o simples fato de uma norma possuir vigência social não garante que ela esteja correta, vale dizer, não é garantia de que essa norma satisfaça a pretensão de vigência ideal³²⁵. Dessa maneira, aquele mundo vivido dos participantes de uma interação é, de certa maneira, “chacoalhado” pela teoria discursiva aplicada na ação comunicativa, na medida em que as questões do dia-a-dia dos atores não mais são vistas como algo estanque, que não possa ser revisitado e repensado. Evidentemente que em um ambiente moldado pelo positivismo, notadamente o direito e em especial o direito administrativo, essa constante necessidade de argumentação e crítica racional imposta pela teoria discursiva, onde cada enunciado deve satisfazer as três pretensões universais de validade, encontrará muita dificuldade para fazer-se prevalecer.

De fato, se, como visto, o direito antecipa consensos e, portanto, possibilita que os participantes de uma interação assumam posições estratégicas a fim de satisfazer suas pretensões egocêntricas, o que garante que os atores se sentirão estimulados ao discurso em uma ação comunicativa que vise ao consenso, com a aceitação mútua do melhor argumento?

³²² Habermas explica que o Discurso prático não é um processo para geração de normas válidas, mas, sim, para o exame de validade dessas normas em determinadas situações. Conquanto a ética do Discurso não vá determinar conteúdos, ela necessita, para que haja o processo de interação entre os participantes, que determinados conteúdos sejam dados pelo mundo da vida do grupo social ao qual integram os atores. Assim, na abertura, os Discursos práticos necessitam de conteúdos, os quais serão processados de maneira “[...] que os pontos de vista axiológicos particulares acabem por ser deixados de lado, na medida em que não são passíveis de consenso.” Ibidem, p. 125/126.

³²³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Op. cit., p. 525.

³²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*. Op. cit., p. 113.

³²⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 91.

E, ainda, mesmo que aparentemente o participante se mostre disposto ao entendimento argumentativo pressuposto no discurso, o que garante que ele “[...] não utilize estrategicamente as condições ideais para simular pretensões de validade com ‘segundas intenções’ diante dos demais participantes?”.³²⁶

Reformulando as indagações no âmbito de um processo administrativo previdenciário: (i) por que aceitaria a administração pública previdenciária abrir mão de suas “prerrogativas” legais para adentrar em um discurso nos moldes propostos por Habermas? (ii) qual a disposição do servidor ou servidores públicos envolvidos no processo administrativo em interagir argumentativamente com o administrado para buscar o consenso, uma vez que isso possa significar a necessidade de “abandonar” estruturas não problematizadas do mundo da vida que favoreçam ao Estado? (iii) em relação ao administrado, qual a garantia de que ele, conhecedor da regras postas, não vá agir de maneira insincera, utilizando-se de invocações e argumentos não verdadeiros para satisfazer seu interesse de obtenção de um benefício previdenciário?

De início, Habermas responderia a essas indagações asseverando que no âmbito do agir comunicativo haveria uma estimulação mútua entre os participantes da interação para que todos a ela aderissem racionalmente, não pela validade do que é dito, mas pela possibilidade de que todas as pretensões de validade pudessem ser argumentativamente demonstradas e checadas ao longo do diálogo³²⁷. Mas por que haveria uma *força misteriosa*³²⁸ que faria com que os participantes se sentissem estimulados ao acordo, ao consenso? Habermas irá responder que essa força misteriosa ocorre exatamente porque na transposição da simples ação comunicativa para o discurso, os participantes de uma interação terão que, obrigatoriamente, adotar uma atitude reflexiva acerca das razões apresentadas na disputa “[...] pela verdade tematizada de enunciados controversos.”³²⁹. E como cada um dos argumentos apresentados precisa satisfazer as pretensões universais de validade, cada participante não terá outra escolha que não submeter-se ao procedimento discursivo e, conseqüentemente aos princípios de universalização (U) e de consenso intersubjetivo sobre a validade de qualquer asserção, a ética discursiva (D)³³⁰.

³²⁶ Ibidem, p. 98.

³²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Op. cit., p. 79. Segundo Habermas, “Graças à base de validade da comunicação voltada para o entendimento mútuo, um falante pode, por conseguinte, ao assumir a garantia de resgatar uma pretensão de validade criticável, mover um ouvinte à aceitação de sua oferta de atos de fala e assim alcançar para o prosseguimento da interação um efeito de acoplagem assegurando a adesão.” Ibidem, p.80.

³²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*. Op. cit., p.250.

³²⁹ Ibidem, p. 49.

³³⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p.101.

Para tornar ainda mais concreta a satisfação de *U* e *D*, neutralizando, ou ao menos minimizando as dificuldades inerentes ao Discurso, Habermas irá ressaltar a necessidade de institucionalização de determinados dispositivos:

Ora, visto que os Discursos estão submetidos às limitações do espaço e do tempo e têm lugar em contextos sociais; visto que os participantes de argumentações não são caracteres inteligíveis e também são movidos por outros motivos além do único aceitável, que é o da busca cooperativa da verdade; visto que os temas e as contribuições têm que ser ordenados, as relevâncias asseguradas, as competências avaliadas; é preciso *dispositivos institucionais* a fim de neutralizar as limitações empíricas inevitáveis e as influências externas e internas evitáveis, de tal sorte que as condições idealizadas, já sempre pressupostas pelos participantes da argumentação possam ser preenchidas pelos menos numa aproximação suficiente.³³¹
(grifo do autor)

Ele apresenta, então, alguns pressupostos pragmáticos para que um discurso possa transcorrer de forma racional, utilizando-se, para tanto, das denominadas “regras do Discurso” formatadas por Robert Alexy, que na verdade as formula a partir da própria concepção habermasiana acerca da teoria discursiva³³². Para Habermas, em uma espécie de condensação dessas regras do Discurso de Alexy, as quatro pressuposições mais importantes dentro do processo de argumentação são:

(a) publicidade e inclusão: ninguém que, à vista de uma exigência de validade controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído; (b) direitos comunicativos iguais: a todos são dadas as mesmas chances de se expressar sobre as coisas; (c) exclusão de enganos e ilusões: os participantes devem pretender o que dizem; e (d) não-coação: a comunicação deve estar livre de restrições que impedem que o melhor argumento venha à tona e determine a saída da discussão.³³³

O interessante na teoria discursiva habermasiana é que, de certa forma, não há como os participantes de uma interação se furtarem à sua observância caso pretendam que os seus argumentos sejam levados em conta pelos demais; isso porque as próprias regras da teoria discursiva estão obrigadas a satisfazer à dinâmica discursiva, onde somente prevalecerão como válidas aquelas obtidas no entendimento mútuo³³⁴. Por sua vez, para Habermas, não é

³³¹ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Op. cit., p. 114.

³³² Essas regras “alexianas” do Discurso são mencionadas por Habermas como sendo: (i) a nenhum falante é lícito contradizer-se; (ii) todo falante que aplicar um predicado F a um objeto *a* tem que estar disposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelhe a *a* sob todos os aspectos relevantes; (iii) não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes; (iv) a todo falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita; (v) quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto de discussão tem que indicar uma razão para isso; (vi) é lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos; (vii) é lícito a qualquer um introduzir ou problematizar qualquer asserção no Discurso, bem como manifestar suas atitudes, desejos e necessidades; (ix) não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos nas regras anteriores. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Op. cit., p. 109/111.

³³³ HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destrancendentalizada*. Op. cit., p. 67.

³³⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 103.

possível, no nível concreto, um participante escolher entre o agir comunicativo e o agir estratégico, haja vista que não dispõe livremente desses modos de agir no contexto do mundo da vida³³⁵. Desta forma, a imersão dos participantes na teoria discursiva estaria garantida porque:

Eles não têm a opção de um salto prolongado para fora dos contextos do agir orientado para o entendimento mútuo. Esse salto significaria a retirada para dentro do isolamento monádico do agir estratégico – ou para dentro da esquizofrenia e do suicídio. A longo prazo, ele é destruidor.³³⁶

Para Simioni essa característica da teoria discursiva de Habermas pode ser enxergada como dotada de circularidade, tendo em vista que somente mediante a justificação racional das normas do procedimento discursivo é que elas poderão ser aceitas por todos os participantes, ou seja, trata-se de uma “[...] armadilha comunicativa da qual não se consegue escapar, já que quem entra proferindo uma asserção não consegue escapar sem justificá-la quando questionado.”³³⁷.

Não obstante essa “quase” impossibilidade de se fugir do agir orientado ao entendimento, não há como negar que, mediante o uso da força, pode um participante impor sua vontade; ou seja, a violência utilizada como mecanismo de interrupção do diálogo para a satisfação dos interesses egocêntricos não pode ser, de chofre, descartada. Essa violência não se revela apenas no uso da força física – o que, na verdade, seria o abandono total da racionalidade – mas também na utilização de dispositivos que, aparentemente, seriam dotadas de uma racionalidade justificadas em restrições funcionais de sistemas³³⁸.

5.2. O papel do direito como *medium* no processo administrativo previdenciário.

A partir desse ponto, torna-se imprescindível - especialmente levando-se em conta o objeto do presente trabalho - abordar o papel que Habermas confere ao direito em sua teoria discursiva; como se viu, inicialmente ele “acusava” o direito de ser um desses mecanismos que distorcem o “[...] jogo da argumentação através de limitações externas subreptícias introduzidas sistematicamente”³³⁹ e que, por essa razão, precisa contar com a complementação da moral para corrigir tais distorções. Posteriormente, Habermas irá

³³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Op. cit., p. 124.

³³⁶ Ibidem, p.124.

³³⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 103.

³³⁸ Sobre os efeitos da integração sistêmica sobre as argumentações e os agires, vide item 4.4.

³³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral* (Tanner lectures, 1986). In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. II, p. 219.

reconhecer que o direito terá que se prestar como *medium* entre a validade e a faticidade, ou seja, como mecanismo de solução dos conflitos, e que por essa razão não poderia ser colocado em um patamar inferior à moral³⁴⁰.

Tomando por foco a compreensão do “primeiro” Habermas³⁴¹, pode ser formulada a seguinte indagação no que tange ao objeto do presente trabalho: quais seriam as distorções que o direito poderia ocasionar em um procedimento administrativo previdenciário? Em suas *Tanner Lectures*³⁴² Habermas explica que nos discursos jurídicos, os argumentos relativos às questões práticas e às questões ditas morais são vezeiramente “domesticados” pelo caminho da institucionalização do direito. Observa ele que a argumentação moral é limitada:

a) metodicamente, através da ligação com o direito vigente; b) objetivamente, em relação a temas e encargos de prova; c) socialmente, em relação aos pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis; d) temporalmente, em relação aos prazos de decisão.

A resposta àquela indagação pode ser construída a partir da identificação dos eventuais limites que o direito positivado possa impor à argumentação moral, valorativa, no âmbito de um processo administrativo previdenciário. Sob o aspecto metódico, o processo administrativo previdenciário ainda é, em boa medida, percebido como um ato administrativo complexo, revestido, portanto, de todos aqueles atributos que a doutrina jurídica tradicional confere ao ato administrativo em geral, questão essa já trabalhada no item 2.3. Como se viu³⁴³, nas clássicas definições acerca do ato administrativo, o elemento comum que se destaca é a unilateralidade da manifestação e da própria execução da vontade da Administração Pública, com a única deferência a um controle jurisdicional *a posteriori* do ato administrativo.

Destacam-se, ainda, outras restrições argumentativas que vão sendo agasalhadas – e muitas vezes positivadas pelo direito – e que acabam por impactar no desenrolar de um processo administrativo previdenciário. Assim, dogmas jurídicos tais como prevalência do

³⁴⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 115.

³⁴¹ A referência é apenas para destacar que em termos da legitimidade do direito enquanto mecanismo de integração, pode-se falar em um “primeiro” Habermas que, da *Teoria do agir comunicativo* até as primeiras *Tanner Lectures*, entendia que o direito atuava como “[...] uma intrusão de mecanismos sistêmicos em áreas que apenas o entendimento direito, por meio da linguagem, pode regular.” ROCHLITZ, Rainer. Razão e racionalidade em Habermas. In: ROCHLITZ, Rainer (Coord.). *Habermas: o uso público da razão*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. p.18. Posteriormente, em Direito e democracia, consoante se verá, Habermas irá mudar de idéia ao compreender que o direito, juntamente com a moral, atuarão como “[...] o sagrado estatuto de um sistema de ação institucionalizado, garantia de unidade e solidariedade sociais.” Ibidem, p. 18.

³⁴² “*The Tanner Lectures are a collection of educational and scientific discussions relating to human values, conducted by leaders in their fields.*” Disponível em: <<http://tannerlectures.utah.edu/>>. Acesso em: 29 abr. 2015. Tradução livre: “As *Tanner lectures* são uma coleção de discussões educacionais e científicas relacionadas a valores humanos, conduzidos por expertos em suas áreas.”

³⁴³ Neste ponto, vide as reflexões empreendidas sobre o conceito de ato administrativo no item 2.3.

interesse público sobre o interesse privado, a presunção de legitimidade do ato administrativo, princípio da reserva do possível, impossibilidade de criação de despesa sem a respectiva previsão orçamentária, entre outros, vão sendo arbitrariamente invocados para “interromper” o diálogo em um processo administrativo.

No que se refere ao limites que objetivamente o direito impõe à argumentação moral, no item 3.4 foi abordada a lógica processual-probatória observada no processo administrativo previdenciário em decorrência das disposições da lei 9.784/99 e da instrução normativa do INSS 45/2010. O “tecnicismo procedimental” presente nesses dispositivos³⁴⁴ dificulta sobremaneira a demonstração dos fatos pelo interessado e, com isso, impede a construção compartilhada de um diálogo que passe pela compreensão de fatos e questões que muitas vezes não são passíveis de desvelamento com a utilização de uma instrução probatória que observasse rigidamente a técnica positivada.

Há ainda limitações que frequentemente são impostas nos processos administrativos previdenciário no que se refere à participação efetiva dos interessados e à própria distribuição de papéis. Assim, é comum a instituição de normas internas do INSS que restringem a participação do próprio interessado ou de seus representantes legais – incluindo procuradores – na oitiva das testemunhas em processos, *v.g.*, em que se busca a comprovação de tempo de serviço³⁴⁵, ou nos exames periciais que são realizados, por exemplo, para fins de comprovação de incapacidade, requisito necessário para a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez³⁴⁶.

Essas constatações parecem corroborar as reservas de Habermas ao direito em geral, na medida em que contribuem para a “colonização” do mundo vivido social, “[...] apoiando-se sobre mecanismos sistêmicos responsáveis pela economia do entendimento através da

³⁴⁴ A título de exemplo, os artigos 605 a 607 da instrução normativa, ao tratarem da oitiva das testemunhas na Justificação Administrativa, estabelecem uma série de vedações e de restrições que podem impedir a própria produção da prova em se tratando de certos benefícios, *v.g.*, a aposentadoria do trabalhador rural como segurado especial. Ainda no campo da prova oral, o artigo 598 da instrução normativa estabelece que para comprovação de tempo de contribuição, de união estável, de identidade e de relação de parentesco, aquela (a prova oral) somente será considerada se houver um início de prova material, como que a desconhecer que em muitas situações, em um país como o Brasil, as relações laborais ocorrem na informalidade, ou seja, sem as devidas anotações em carteira de trabalho, registros de empregados ou quaisquer outros documentos.

³⁴⁵ É frequente que o depoimento pessoal e a oitiva de testemunha em processo administrativo ocorram em dias diferentes, em intervalos de tempo e condições que, evidentemente, prejudicam uma interação dialógica no tocante à instrução processual. A esse respeito vide o processo administrativo cuja cópia consta em processo judicial em curso na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Varginha, MG, onde entre o depoimento pessoal do postulante e a oitiva de testemunhas decorreram-se mais de três meses, sem qualquer motivo aparente que não o interesse da própria Administração previdenciária. BRASIL. Justiça Federal de 1º grau. Subseção Judiciária de Varginha-MG. Processo nº 3560-21.2014.4.01.3809. Autora: Malvina Ribeiro de Paula; Réu: Instituto Nacional do Seguro Social. p. 111 e 152.

³⁴⁶ Em cartilha formulada pelo próprio INSS acerca da perícia médica em benefícios por incapacidade laborativa, fica evidente a não previsão da presença de um acompanhante, representante ou advogado do periciando durante o ato, restando claro, também, que existe uma rígida orientação quanto à forma de realização do exame e dos limites da conclusão médica. Essas delimitações e restrições, de certo, vão de encontro à ideia de uma interação dialógica sem “coações” de qualquer tipo. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_100701-165317-517.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015.

linguagem.”³⁴⁷. Sob essa perspectiva, Habermas enxergava que a única solução possível para dirimir esse nefasto papel do direito positivo no que se refere à perda da eticidade nas interações sociais seria colocar a moral em um lugar de primazia, onde ela serviria para dar completude a essas interações. Para ele, a fonte de legitimação do poder não poderia estar apenas na legislação política ou na jurisdição, uma vez que “[...] nem mesmo o legislador democrático mais cuidadoso consegue regular a justiça e a administração, utilizando apenas a forma semântica da lei: ele necessita de um direito regular.”³⁴⁸. Julgar questões práticas sem o apoio de um ponto de vista moral seria, para Habermas, um grande risco para a necessária aplicação imparcial de normas.

Claro que Habermas não propugnava uma moral complementadora do direito em um sentido conteudístico, ou seja, não propunha que essa moral fosse concebida em um sentido transcendental de estabelecimento de normas suprapositivas³⁴⁹, pois isso contrariaria a sua própria teoria discursiva. Assim, a moral à qual ele se refere é de natureza procedimental, em outras palavras, uma moral que, estabelecendo condições ideais de discurso, “[...] não diz o que deve ser feito, senão apenas como se deve proceder para saber o que deve ser feito.”³⁵⁰. Assim, conquanto diferentes os processos jurídicos formais para a produção legislativa e para decisões judiciais daqueles discursos prático-morais que não fossem procedimentos juridicamente formalizados³⁵¹, ambos, segundo Habermas, necessitariam de idealizações, de pressupostos comunicacionais da prática de argumentação, ao que ele irá denominar de “coerção transcendental fraca”³⁵².

Com isso, parece surgir um impasse: o direito, para Habermas, não poderia continuar desmoralizado pela positividade³⁵³, não devendo “[...] romper os laços com princípios morais, tais como a imparcialidade ou a exigência de fazer interesses universalizáveis”³⁵⁴; por outro lado, não se poderia adotar uma posição fortemente transcendental de maneira a colocar a

³⁴⁷ ROCHLITZ, Rainer. Op.cit., p.18

³⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e moral (Tanner lectures, 1986). In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. II, p.214.

³⁴⁹ Neste ponto, remete-se às considerações tecidas no item 3.2 em que se abordou a fundamentalidade dos direitos sociais previdenciários.

³⁵⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p 107.

³⁵¹ Habermas entende que os procedimentos jurídicos institucionalizados com aqueles oferecidos pelas teorias da justiça para explicar algo sob o ponto de vista moral têm em comum a racionalidade como fundamentando da validade do resultado. No entanto, eles são diferentes na medida em que os primeiros garantem uma racionalidade procedimental completa – exatamente porque regulados também pelo direito, e não apenas pela moral – enquanto os últimos não preenchem essa condição. Com isso, do ponto de vista de um expectador não participante da interação, seria possível conferir o cumprimento das pretensões de validade apenas do que ocorreu num processo juridicamente institucionalizado, enquanto nos demais isso somente seria possível de ser checado pelos próprios participantes do discurso. HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral* (Tanner lectures, 1986). In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. II, p. 216.

³⁵² Ibidem, p. 218

³⁵³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p 113.

³⁵⁴ ROCHLITZ, Rainer. Op. cit., p.18.

justificação moral como uma norma suprapositiva. A saída seria, então, embutir a moral no direito positivo para lhe emprestar – à moral – a “[...] força transcendente de um processo que se regula por si mesmo e que controla sua própria racionalidade.”³⁵⁵. Somente assim, com essa racionalidade procedimental inspirada pela moral, poderia ser garantida a imparcialidade tanto no processo legislativo quanto no judicial³⁵⁶.

Nesse momento, novas questões passam a pulular: (i) seriam os aportes morais suficientes para “descolonizar” a interação social que se apresenta entre o Estado e o administrado em um processo administrativo previdenciário? (ii) se a positividade do direito o desmoraliza e lhe retira a legitimidade social, como deveria “funcionar” a justificação moral procedimental nesse tipo de processo, se um dos participantes da interação é quem atua como órgão julgador? (iii) como estaria garantida a imparcialidade nessa situação?

Essas indagações podem evidenciar a dificuldade de se aplicar a teoria discursiva de Habermas no âmbito do processo administrativo, em especial do previdenciário. Contudo, ao longo de suas reflexões empreendidas após a publicação de sua obra magna, *Teoria do agir comunicativo*, Habermas vai paulatinamente relativizando esse papel central conferido à moral³⁵⁷. Em *Direito e Democracia* Habermas abandona a sua agudez severa em relação ao direito, não obstante continue a ressaltar a ambivalência dele no que se refere à instrumentalização política e econômica³⁵⁸.

Nessa obra fica clara a mudança no seu pensamento: não é mais apenas a moral que é capaz de unir a sociedade, pois o direito também deve empreender esse papel. Ambos, direito e moral, passam a ser cooriginários, uma vez que os dois são coproduzidos “[...] nos discursos públicos de formação livre da vontade e da opinião.”³⁵⁹. Como afirma Rochlitz:

O direito é introduzido nessa concepção como um modo originário de dirimir conflitos paralelamente à moral, da qual não é dedutível. Neste caso, já não é considerado um meio que favorece a intrusão nos sistemas sociais no “mundo vivido” que, por sua vez, já não se encontra em situação de “resistência” à jurisdição. Pelo contrário, o direito é um meio que permite aos cidadãos, sujeitos de direito, fazer valer eficazmente seus interesses legítimos, no caso de **apoderamento por parte do mercado, ou do Estado.**³⁶⁰ (grifou-se)

Na verdade, essa mudança no pensamento de Habermas parece ter sido possível a partir do momento em que ele percebe que para fundamentar uma teoria reconstrutiva da

³⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e moral (Tanner lectures, 1986). In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. II, p.243.

³⁵⁶ Ibidem, p. 246.

³⁵⁷ ROCHLITZ, Rainer. Op. cit., p.17.

³⁵⁸ Ibidem, p.18.

³⁵⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 115.

³⁶⁰ ROCHLITZ, Rainer. Op. cit., p.20

sociedade ele precisaria encontrar um “novo valor heurístico” para o conceito de razão prática³⁶¹. Ele reconhece que a razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas de agir e, portanto, não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas uma vez que:

Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealização, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmo e com os outros.³⁶²

Ou seja, o participante de uma interação que transcorra em um ambiente de racionalidade comunicativa sofre a tal “coerção transcendental fraca”, uma coerção derivada da “ [...] validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica.”³⁶³. Não há, assim, uma coerção com base em uma regra de ação, pois isso poderia significar o fracasso na tentativa de formulação de uma teoria social de reconstrução da sociedade. Portanto, se no agir comunicativo o entendimento intersubjetivo tinha que lidar com a contradição entre “significado e validade”, agora, visando uma teoria com viés mais funcional, a razão comunicativa passará a lidar com a tensão entre a “faticidade e a validade”, o que irá motivar “[...] a reconstrução das possibilidades de realização do direito.”³⁶⁴.

Perceba-se que Habermas não está propondo uma nova razão que diga aos participantes o que eles devem fazer, pois ele ainda conta com os aportes de sua teoria do agir comunicativo, dentro, pois, de um contexto descentrado de condições “transcendentais”³⁶⁵. No entanto, ele passa agora a enxergar o direito não mais apenas como estando referenciado ao mundo social, onde ele, o direito, serviria de aporte apenas para conferência das pretensões de correção normativa. Agora, como há a necessidade de uma reconstrução da sociedade em termos de funcionalidade, Habermas compreenderá que a “[...] a figura pós-tradicional de uma moral orientada por princípios depende de uma complementação através do direito positivo”³⁶⁶; em outras palavras, esse direito positivo também servirá para a constatação de que as pretensões de validade acerca da verdade (mundo objetivo) foram satisfeitas³⁶⁷.

³⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 21.

³⁶² Ibidem, p. 20.

³⁶³ Ibidem, p. 20.

³⁶⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 115.

³⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 20.

³⁶⁶ Ibidem, p. 23.

³⁶⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p.119.

Dessa forma, a moral como instrumento corretivo perde a sua condição de primazia absoluta, uma vez que nas sociedades agora “livres” dos apriorismos morais do imperativo categórico de Kant³⁶⁸ e munidas do escopo de autodeterminação, ascenderão os processos discursivos que resultarão na formatação jurídica dessas “novas” sociedades. É nesses processos discursivos que deverão ser levantadas também – mas não somente – as pretensões de validade de conteúdo moral, sendo substituída a idéia de um direito natural pela de acordos formatados em uma razão comunicativa que leve em conta princípios de imparcialidade moralmente neutros³⁶⁹.

No âmbito de um processo discursivo que transcorra em um ambiente de racionalidade comunicativa, haverá aquilo que Habermas define como “tensão ideal” entre a faticidade e a validade³⁷⁰, significando dizer que os participantes de um processo de entendimento estarão, a todo momento, submetidos a uma dinâmica de apresentação e de eventual aceitação de pretensões de validade idealizadas; o que pode resultar em “[...] estorvos de comunicação resultantes de simples mal-entendidos[...]³⁷¹, mas também no que se refere ao cumprimento das pretensões de validade, decorrente de um problema de coordenação da ação³⁷². E é dessa maneira que, segundo Habermas, a sociedade vai se constituindo, pois na medida em que cada pretensão de validade vai sendo “testada” frente aos fatos sociais, ela também pode gerar novos fatos sociais; ou seja, a faticidade é origem e resultado desse constante procedimento discursivo já que:

A validade pretendida para enunciados e normas (também para frases que expressam vivências) transcende, de acordo com seu sentido, os espaços e tempo, ao passo que a pretensão atual é levantada sempre aqui e agora, no interior de determinados contextos, sendo aceita ou rejeitada – o que acarreta consequências para a ação, gerando fatos.”³⁷³

O problema é que – e isso se revela fortemente nos processos administrativos – no momento da interação subjetiva, os atores podem passar a agir estrategicamente, visando ao

³⁶⁸ Essa mudança no papel exercido pela moral tem sua explicação no fato de, na medida em que a sociedade moderna passa a se distanciar cada vez mais do mítico-religioso, vão sendo abandonados os aportes da filosofia da consciência de Kant, para quem o transcendental justificaria um suposto direito natural. Dá-se lugar a uma filosofia da linguagem (virada linguística) que vai trabalhar com os aspectos comunicacionais das interações sociais. E é exatamente através de uma explicação linguístico-pragmática da verdade que Habermas demonstrará a tensão entre faticidade e validade, e a necessidade do direito como elemento viabilizador da prática do entendimento. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v.I. p.33. Não serão abordados neste trabalho todos os aspectos relativos a essa virada linguístico-pragmática, tendo em vista a complexidade do tema.

³⁶⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 120.

³⁷⁰ “A ideia da resgatabilidade de pretensões de validade criticáveis impõe idealizações, produzidas pelas pessoas que agem comunicativamente; com isso, elas são arrancadas do céu transcendental e trazidas para o chão do mundo da vida.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 37.

³⁷¹ Ibidem, p. 38.

³⁷² Ibidem, p. 38.

³⁷³ Ibidem, p. 39.

sucesso sem os mesmos referenciais de integração de mundos vividos que existiam nas sociedades fortemente sacralizadas e com instituições fortificadas, o que acaba por fragilizar o agir comunicativo voltado ao consenso³⁷⁴. Nesse momento, torna-se difícil encontrar algo que possa servir de mecanismo de integração social entre os atores, pois:

Para atores orientados pelo sucesso, todos os componentes da situação transformam-se em fatos, que eles valorizam à luz de suas próprias preferências, ao passo que os que agem orientados pelo entendimento dependem de uma compreensão da situação negociada em comum, passando a interpretar fatos relevantes à luz de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente.³⁷⁵

Habermas, ciente de que não haveria como impedir que os atores agissem estrategicamente, ou, em outros termos, não se iludindo com uma idealização de que os participantes poderiam agir exclusivamente voltados para o entendimento, compreenderá que para que se possa compatibilizar ambos os agires (estratégico e voltado ao entendimento), serão necessárias regras que cumpram dois papéis simultâneos: (i) uma força tal que faça com que aquele que aja estrategicamente sinta-se obrigado a adaptar objetivamente seu comportamento e (ii) uma força social integradora, “ [...] na medida em que elas impõem obrigações aos destinatários, o que só é possível, segundo nosso pressuposto, na base de pretensões de validade normativas reconhecidas intersubjetivamente.”³⁷⁶.

E essas regras são encontradas exatamente no direito positivado, o qual, estabilizando a tensão entre faticidade e validade, limitará as opções de escolha para aqueles que agem estrategicamente³⁷⁷, de forma que eles possam avaliar as consequências de suas ações em face das previsões do ordenamento jurídico. Por outro lado, na esfera do agir comunicativo, o direito positivado criará um ambiente propício a um acordo racionalmente motivado na medida em que os destinatários das normas satisfaçam as expectativas de comportamento pelo simples respeito à lei³⁷⁸. E nessa perspectiva, “[a] tensão entre faticidade e validade é, portanto, também uma tensão entre a obediência das normas jurídicas pela coerção fática e a obediência porque são legítimas (validade).”³⁷⁹.

No entanto, para que esse direito possa servir como mediador dessa tensão entre a faticidade e a validade, é necessário que ele passe por três “peneiras” de checagem de sua

³⁷⁴ Ibidem, p. 46.

³⁷⁵ Ibidem, p. 47.

³⁷⁶ Ibidem, p. 47.

³⁷⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 131.

³⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 148.

³⁷⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 131.

validade e que, na verdade, irão revelar diferentes níveis de tensão. Num primeiro momento, o que estará em jogo é a validade do direito enquanto ele for socialmente aceito como instrumento coercitivo de condutas dos destinatários, que Habermas irá denominar *facticidade artificial*, uma vez que não decorrente de usos e costumes, mas de ameaças de sanções³⁸⁰. Essa aceitação social do direito enquanto instrumento de coerção não é por si só suficiente para sua validade, pois ele há que emanar de um processo discursivo legítimo, que para Habermas é aquele oriundo de um processo legislativo racional³⁸¹ – e aqui entendido na perspectiva da racionalidade comunicativa – único capaz de absorver “[...] o pensamento democrático [...], segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integrada da vontade unida e coincidente de todos os cidadãos livres e iguais.”³⁸².

E o terceiro nível de validade do direito (terceira peneira) está exatamente na aliança entre os dois primeiros momentos, ou seja, na mediação social entre a faticidade – revelada na positividade do direito com suas ameaças de sanções - e a validade – entendida como as pretensões de validade que integrarão as ações orientadas ao entendimento -, o que irá tornar possível a diminuição do risco de dissenso na integração social³⁸³, mantendo-se, no entanto, a liberdade comunicacional, uma vez que a positividade do direito permanecerá sujeita a críticas³⁸⁴. Tendo em vista que nas sociedades modernas a integração social se dá não apenas através das ordens pré-constituídas do mundo da vida dos participantes e da solidariedade social advinda dos entendimentos comunicacionais, mas também pelos sistemas do dinheiro e do poder administrativo, será a institucionalização do direito positivo que irá interligar legitimamente tais mecanismos integradores da sociedade³⁸⁵.

Obviamente que essa inserção do direito como mediador das ações estratégicas e aquelas orientadas ao entendimento somente se revela possível, segundo Habermas, através da denominada “virada pragmático-lingüística”³⁸⁶, onde o direito, com os aportes da teoria do agir comunicativo, irá encontrar as suas ligações pragmático-formais com aqueles

³⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 50.

³⁸¹ Ibidem, p. 51.

³⁸² Ibidem, p. 53.

³⁸³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 136/137.

³⁸⁴ Habermas explica que ao se compreender o direito moderno, “[...] como mecanismo que alivia as sobrecarregadas realizações de entendimento dos que agem comunicativamente de tarefas da integração social, sem anular, em princípio, a liberação do espaço da comunicação, tornam-se compreensíveis dois aspectos do direito: a positividade e a pretensão à aceitabilidade racional.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 60.

³⁸⁵ Ibidem, p. 61.

³⁸⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 140.

componentes estruturais do mundo da vida (cultura, sociedade e pessoa) que correspondem aos processos de reprodução cultural, de integração social e de socialização³⁸⁷.

No entanto, no momento em que o direito é guindado ao papel de principal intermediário lingüístico entre os sistemas e o mundo da vida³⁸⁸ surge o grande desafio de compatibilizar os interesses particulares de cada um dos destinatários da norma e os interesses ditos públicos da sociedade. É a sempre presente dicotomia entre as liberdades subjetivas (privadas) e a autonomia política (pública) dos cidadãos³⁸⁹.

A solução encontrada por Habermas parece estar exatamente na maneira como o direito positivo conquista o reconhecimento de sua legitimidade. Se em um ambiente onde imperavam as premissas da filosofia da consciência e a tradição metafísica do direito natural o direito positivo deveria encontrar sua fundamentação no direito natural ou na moral³⁹⁰, a nova realidade pós-tradicional, onde imperam o pluralismo de valores e a necessidade de que tudo seja racional e argumentativamente justificado³⁹¹, implicará a necessidade de que o sistema dos direitos seja fundamentado “[...] com o auxílio do princípio do discurso, de modo a esclarecer porque a autonomia privada e pública, os direitos e a soberania do povo se pressupõem mutuamente.”³⁹².

Ou seja, é no âmbito de um procedimento discursivo de elaboração das normas jurídicas que deverão ser compatibilizados os direitos humanos (autodeterminação moral) e a soberania do povo (autorrealização ética), o que, de certa forma, é um tanto quanto problemático, já que “[...] os direitos humanos e a soberania do povo não aparecem como elementos complementares, e sim, concorrentes.”³⁹³.

Como bem observa Simioni, toda essa dificuldade reside no “[...] distanciamento entre razão e vontade”³⁹⁴; em outras palavras, não há que prevalecer apenas as vontades privadas dos sujeitos individualmente considerados – pois neste caso a autonomia política de cada um é que formaria a moral de todos como condição de expressão da autonomia privada – e nem prevalecer apenas a razão do povo enquanto sujeito coletivo, pois, aí, a ética

³⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Op. cit., v. II, p. 252.

³⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 112

³⁸⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 142.

³⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 115.

³⁹¹ Ao tratar das novas formas de integração social, Habermas irá asseverar que o Estado secularizado precisa legitimar-se a partir de outras fontes, até porque surgiram novos problemas nesta nova sociedade relacionados à urbanização e à modernização econômica. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Op. cit., p. 134.

³⁹² *Ibidem*, p. 116.

³⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p.133. Essa afirmação de Habermas pode ser transmigrada para a sempre lembrada tensão entre Constitucionalismo e Democracia, onde a grande questão é encontrar uma maneira adequada e legítima de se compatibilizar os interesses individuais, inclusive das minorias (autonomia privada) e os interesses da maioria, o bem comum (autonomia pública).

³⁹⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 145.

dependeria exclusivamente dessa autonomia política. Como adverte Habermas, essas duas concepções não possuem a força legitimadora que possui uma formação discursiva da opinião e da vontade, pois “[o] sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e sem subordinada à autonomia política.”³⁹⁵.

5.3. Regras do discurso: discursos de justificação e de aplicação.

Direcionando o olhar para o objeto do presente trabalho, é inarredável a percepção da importância dessas compreensões de Habermas para a avaliação do papel do Estado no que se refere ao chamado direito público, onde se inserem os direitos administrativo e previdenciário, foco principal desta dissertação. No pensamento de Habermas, a questão da autonomia pública e privada merece um enfoque diferente a depender do paradigma jurídico, ou seja, da visão de mundo que cada sociedade, em determinada época, confere ao direito. Fazendo-se um recorte temporal para que essa análise se inicie com a formação dos estados liberais-burgueses, em um ambiente social pós-revolução francesa e americana, Habermas irá observar que o conceito de justiça imbricava-se com a não-interferência do Estado nos assuntos privados dos indivíduos:

O paradigma jurídico liberal conta com uma sociedade econômica que se institucionaliza por meio do direito privado – em especial por via de direitos à propriedade e liberdades de contratação – e que se coloca a mercê da ação espontânea de mecanismos de mercado. Essa “sociedade de direito privado” é feita sob medida em relação à autonomia dos sujeitos de direito, que, no papel de integrantes do mercado, procuram realizar de forma mais ou menos racional os próprios projetos de vida.³⁹⁶

Nessas sociedades, a expectativa dos indivíduos no que se refere às normas jurídicas era a de um Estado mínimo que se limitasse, basicamente, a garantir as liberdades individuais, modelo esse que entra em crise a partir do momento em que se evidencia a sua fragilidade de, por si só, conseguir se ajustar de modo a prevalecer a justiça em suas relações³⁹⁷.

Em face desse fracasso, o Estado é chamado a garantir o acesso a bens e direitos que, sem sua interferência, dificilmente seriam alcançados, com a justificativa de que a autonomia privada do modelo formal burguês possibilitava uma grande desigualdade, como, por exemplo, nas relações de trabalho. Aflora, com isso, um novo paradigma: o paradigma social

³⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 138.

³⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. Op.cit., p. 294.

³⁹⁷ A esse respeito, v. item 2.3.

do início do século XX. No entanto, os denominados Estados Sociais - que tradicionalmente se associam à Constituição mexicana de 1917 e à alemã de 1919, – não obstante respondam a esse novo anseio de justiça através da materialização dos direitos fundamentais - contam, para isso, com uma exacerbação da autonomia pública, o que “[...] também ocasionou consequências secundárias e indesejadas de um paternalismo socioestatal”³⁹⁸, como nos Estados totalitários.

Isso porque, ao impor de maneira “forçada e solipisista” as normas, e ao delimitar o comportamento da sociedade, o Estado acaba por ferir a natureza mutável do indivíduo e do cidadão em nome de um interesse público, sendo que “[a] idéia da autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores.”³⁹⁹.

O fato é que ambos os paradigmas, o liberal e o social, conferem ao Estado a atribuição da busca do bem comum sem, contudo, permitir que os próprios cidadãos se organizem e se responsabilizem em torno daquele objetivo. A distinção entre ambos está no fato de que em um a proteção dos interesses coletivos pelo ente estatal se dá pela não-intervenção do Estado na esfera individual, enquanto que no outro há uma atuação mais intensa do Estado no âmbito privado.

É em razão da fragilidade desses dois modelos como instrumentos de integração social que Habermas passa a propor não uma separação, mas um modelo que vise uma complementariedade entre a autonomia pública e a autonomia privada: o paradigma procedimentalista que tem por escopo eliminar o impasse criado pelo modelo do Estado Social, o qual, ao tentar reconstituir a autonomia privada que havia se revelado insuficiente num modelo de direito formal, acabou por se transformar em uma ameaça para ela com a superposição da autonomia pública⁴⁰⁰. Mas quais são as premissas desse paradigma procedimentalista? Sobre quais verdades esse novo modelo proposto por Habermas irá se apoiar?

Habermas (i) reconhece que um caminho de volta a um liberalismo econômico de modelo burguês, o denominado neoliberalismo, está obstruído, (ii) mas que a promessa de “redescoberta do indivíduo”, provocada por um tipo de juridificação no interior do Estado

³⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. Op.cit., p. 294.

³⁹⁹ Ibidem, p.293.

⁴⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v.II, p.147. No dizeres de Habermas, “as autonomias privada e pública requerem uma à outra. Os dois conceitos são interdependentes; eles estão relacionados um ao outro por implicação material. Os cidadãos podem fazer um uso apropriado de sua autonomia pública, como algo garantido através de direitos políticos, só se eles forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada igualmente protegida em sua conduta de vida. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Op. cit., 137

social impede a reconstrução da autonomia privada. Por outro lado, (iii) está convicto de que não se pode abandonar pura e simplesmente as premissas do Estado social⁴⁰¹, sendo necessário retomá-las em um nível de reflexão superior⁴⁰². Para ele:

O que se tem em mente é domesticar o sistema econômico capitalista, “transformando-o” social e ecologicamente por um caminho que permita “refrear” o uso do poder administrativo sob dois pontos de vista: o da eficácia, que lhe permita recorrer a formas mitigadas de regulação indireta, e o da legitimidade, que lhe permita retroligar-se ao poder comunicativo e imunizar-se contra o poder ilegítimo.⁴⁰³

Assim, uma vez que as instituições representativas tendem a se afastar da vontade da sociedade, é fundamental a participação dessa no processo regulamentar por meio de um fluxo de comunicação e de uma troca argumentativa, e é a teoria do discurso que irá explicar a legitimidade do direito com o auxílio de processos e pressupostos da comunicação, institucionalizados juridicamente, os quais permitirão “[...] levantar a suposição de que os processos de criação e aplicação do direito levam a resultados racionais.”⁴⁰⁴. Sob essa ótica, o contrato social não mais se apresenta como instrumento constitutivo da sociedade jurídica, cedendo lugar ao entendimento obtido através do discurso⁴⁰⁵, sendo que é exatamente aí que reside o princípio da democracia em Habermas⁴⁰⁶.

E a grande vantagem é que o discurso irá permitir a realização daquele poder que, para Habermas, é o verdadeiro poder que legitima todos os demais, inclusive o poder administrativo que advém do poder político em um Estado de Direito: o poder comunicativo. Isso porque é no discurso que são filtrados os temas, argumentos e informações que irão merecer uma aceitação racional por parte de todos os participantes além de servir como verdadeiro “escudo” contra eventual violência nas interações voltadas ao entendimento. Importante ressaltar, nesse ponto, a distinção no âmbito da teoria discursiva entre a autonomia

⁴⁰¹ Fique claro que Habermas, de maneira alguma, propõe o abandono das conquistas do Estado social, pois é esse Estado do bem-estar social que consegue criar uma igualdade de chances que assegura “a compensação das perdas em situações de vida concretamente desiguais, e de posições de poder”, as quais servirão à realização da igualdade de direito. A crítica que ele despeja está na forma como isso é realizado no âmbito desse Estado social, uma vez que ele somente consegue atingir aquele *objetivo compensatório* “em condições ou com a ajuda de meios que *reduzem* significativamente os espaços para a configuração de uma vida privada autonomia dos presumíveis beneficiários.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v.II, p.155.

⁴⁰² Ibidem, p.147.

⁴⁰³ Ibidem, p.148.

⁴⁰⁴ Ibidem, p.153.

⁴⁰⁵ Ibidem, p.309.

⁴⁰⁶ Para Habermas, “[...] são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia. De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p.164.

política e política propriamente dita: aquela é exercida discursivamente para a formação de uma opinião e vontade comum, enquanto que a última vai além disso, pois programa e executa as leis que resultaram daquela vontade comum⁴⁰⁷.

Para bem compreender a base teórica dessa distinção, faz-se necessária, inicialmente, uma rápida incursão nas compreensões de Habermas acerca da maneira como se dá a institucionalização da prática discursiva em um Estado de direito, o que ele faz através de uma nova ótica sobre a lógica de divisão dos poderes. Em seguida, necessário entender como o exercício do poder (agora sob o viés comunicativo) se instrumentaliza pelos denominados discursos de justificação e de aplicação. Nesse diapasão, soberania popular passa a estar vinculada ao próprio processo democrático de formação das vontades e não a um suposto direito supranatural dos cidadãos, sendo que é no princípio que garante esferas públicas autônomas e no da concorrência entre os partidos que o Poder Legislativo encontra a justificativa de legitimidade das corporações parlamentares, constituídas por todos os cidadãos⁴⁰⁸.

Essa soberania, no entanto, não se revela apenas na atividade legislativa assumida pelas corporações parlamentares que fundamentam leis de acordo com um processo democrático, uma vez que as pretensões jurídicas singulares que resultarem dessas leis (ou seja, os casos concretos) irão reclamar uma proteção jurídica individual ampla, quer pela aplicação da lei pelo caminho da administração, quer pelo caminho autoexecutivo⁴⁰⁹. Reconhecendo que nem sempre houve uma clara divisão entre as competências da legislação e da aplicação do direito, Habermas esclarece que não apenas por razões de cunho pragmático (notadamente a profissionalização da prática da decisão judicial), mas também sob o ponto de vista normativo e da sistemática jurídica, há uma clara necessidade de se separar a prática discursiva que culminará na legislação (discursos de fundamentação ou justificação) daquela que culminará na escolha das normas que, em dada situação concreta, são as adequadas (discursos de aplicação).

Associa-se, assim, o Poder Legislativo aos discursos de fundamentação que resultarão nas leis e nas políticas públicas, e o Poder Judiciário aos discursos de aplicação que devem viabilizar um ambiente propício para as argumentações acerca de qual a norma adequada em cada caso individual. Como este último possui o poder administrativo da autoexecutoriedade, ou seja, de impor as suas decisões, Habermas assevera a necessidade de

⁴⁰⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p.172.

⁴⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 214

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p.215.

separação da atividade legislativa da jurisdicional, sendo a última impedida de autoprogramação⁴¹⁰. E qual o papel estaria, então, reservado para o Poder Executivo? Haveria um tipo de discurso próprio no âmbito das atividades do Poder Executivo?

Em um primeiro momento, parece que Habermas associa os discursos de aplicação apenas à atividade jurisdicional, conferindo à administração pública apenas o caráter executório das leis, situação em que restaria sem sentido a alusão a uma prática discursiva no âmbito do Poder Executivo⁴¹¹. Contudo, uma leitura mais atenta permitirá compreender que é a lógica da argumentação que permite a diferenciação entre fundamentação de normas e aplicação de normas, de maneira que, quando da aplicação, o poder administrativo se submeta ao poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos⁴¹². Com isso, se ao aplicar a lei ao caso concreto o judiciário o faz buscando a norma adequada a partir da legislação que foi devidamente construída nos discursos de fundamentação, limitação parecida – talvez em uma dimensão maior sob o ponto de vista cognitivo – prevalece, também, na relação entre poder legislativo e executivo.

Portanto, ainda que se diga que a administração apenas executa aquilo que está definido pela norma ou determinado pelo julgador jurisdicional, fato é que a atividade administrativa também revela uma aplicação do direito, ainda que num grau de liberdade evidentemente mais reduzido do que a do Poder Judiciário, uma vez que o administrador não pode interferir nas premissas que se encontram na base de suas decisões; em outras palavras, não pode imiscuir-se nos processos de normatização do direito e da jurisdição⁴¹³.

Para compreender a razão pela qual a atividade administrativa deve, em determinadas ocasiões – notadamente nos processos administrativos -, observar a lógica dos discursos de aplicação, mister compreender a distinção entre discursos de justificação (ou de fundamentação) e discursos de aplicação. Habermas entende que o direito vigente tem por escopo tanto a segurança jurídica, ao implementar expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado, quanto a garantia de que os processos racionais de normatização e de aplicação do direito sejam de tal maneira legítimos que façam com que as normas mereçam

⁴¹⁰ Ibidem, p.216. Essa é uma das razões pela quais o denominado “ativismo judicial” encontra dificuldades de se legitimar a partir da teoria discursiva, conquanto Habermas não descarte a possibilidade de que, nos denominados casos difíceis, haja a abertura para discursos de fundamentação dentro da aplicação, desde que respeitadas as condições das regras discursivas. Essa questão, no entanto, foge dos objetivos do presente trabalho.

⁴¹¹ Vide a seguinte afirmação de Habermas: “As palavras ‘legislador’, ‘justiça’ e ‘administração’ sugerem uma compreensão demasiado concreta, determinada pela formas de institucionalização, que falseia o nível de abstração da teoria do discurso, no qual esboçamos as funções da legislação, da aplicação e da execução” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 239.

⁴¹² Ibidem, p.216.

⁴¹³ Ibidem, p.217.

obediência jurídica a qualquer momento⁴¹⁴. Por sua vez, a teoria de justiça que se diga normativa deve estar sempre atenta à tensão entre o princípio da segurança jurídica (faticidade da vigência do direito com a estabilização das expectativas sociais) e o da correção da decisão jurídica (satisfação dos pressupostos de consistência e de racionalidade)⁴¹⁵.

Ao tratar da racionalidade da atividade jurisdicional, Habermas vai buscar na obra de Klaus Günther⁴¹⁶ a distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação⁴¹⁷. Para Günther, o grande desafio na aplicação da norma é a indefinição estrutural das situações a que estão submetidos os interessados, dada a impossibilidade de conhecer todos os aspectos relevantes em face da finitude temporal e das diferentes perspectivas pessoais⁴¹⁸. Em face disso, ele propõe uma versão mais fraca do princípio de universalização “U”: “[...] uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente.”⁴¹⁹.

O que ele tem em mente com essa versão mais fraca de “U” é tornar desnecessário o exame de validade da norma em toda e qualquer situação em que ela é supostamente aplicável, para fazê-lo apenas em cada uma das situações, considerando todas as características e examinando a adequação da norma ao caso⁴²⁰. Assim, para Günther, a adequação de determinada norma deve ser aquilatada exclusivamente em face de uma determinada situação, e não de todas as circunstâncias de aplicação, sendo por essa razão que “[...] adequação significa simplesmente uma restrição da versão forte de ‘U’ a uma única situação.”⁴²¹.

Para ele, se nos discursos de justificação as normas são submetidas a pretensões de validade universais, nada se dispondo acerca de sua adequação a casos concretos, faz-se necessária outra dinâmica discursiva que leve em conta os argumentos acerca da adequação daquelas normas à situação fática específica: o denominado discurso de aplicação⁴²². E

⁴¹⁴ Ibidem, p. 245/246

⁴¹⁵ Habermas enfrenta o problema da racionalidade da decisão judicial buscando compreender como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente, e racionalmente fundamentada no plano externo, de maneira a garantir a segurança jurídica e a correção. Para isso, ele analisa três teorias jurídicas: a hermenêutica jurídica, o realismo jurídico e o positivismo jurídico. Essas análises não serão aqui estudadas, conquanto necessária esta observação, pois é a partir daquelas que Habermas inicia a sua abordagem acerca dos discursos de justificação e discursos de aplicação. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 245 e sgs.

⁴¹⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

⁴¹⁷ Günther participou e teve destacada atuação no grupo de pesquisa chefiado por Jürgen Habermas na faculdade de direito da Universidade Johann-Wolfgang Goethe, em Frankfurt, Alemanha. Idem. Anotação da “orelha” do livro.

⁴¹⁸ GÜNTHER, Klaus. Op.cit., p. 29.

⁴¹⁹ Ibidem, p.67.

⁴²⁰ Ibidem, p.69.

⁴²¹ Ibidem, p.70.

⁴²² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 193.

Habermas concorda com isso ao afirmar que “[...] em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da relação adequada da norma à situação.”⁴²³. Vale dizer, se uma norma já se encontra devidamente submetida a uma checagem de sua validade enquanto pretensão a uma universalização – o que se faz através dos discursos de justificação típicos do processo legislativo – pode-se dizer que se trata de uma norma válida *prima facie*, ou seja, uma norma tida por provisória e cuja adequação ao caso concreto é que teria o condão de torná-la definitiva⁴²⁴.

A importância dessa distinção entre justificação e aplicação na qualificação dos discursos incorporada na teoria discursiva do direito de Habermas é a sistematização de um procedimento a ser seguido quando da necessidade de solução de um conflito no caso concreto, algo extremamente importante no exercício da função jurisdicional. Assim, para Günther, em um discurso de aplicação deve ser seguida uma caminhada que se inicia com a definição precisa da situação concreta, quando, então “[...] o proponente está obrigado a embasar a relevância afirmada de um sinal característico situacional, ao menos implicitamente, por meio de uma descrição completa da situação.”⁴²⁵.

Em seguida a essa definição – que deve ser estabelecida consensualmente – deve-se identificar todas as normas passíveis de aplicação à situação já descrita, passo esse que Günther irá denominar de *esgotamento normativo*⁴²⁶. Em um terceiro momento da caminhada, faz-se a seleção da norma adequada à situação concreta definida, uma vez que com aquele *esgotamento normativo* todos “[...] os participantes podem agora simular as conseqüências e efeitos colaterais da aplicação de cada uma de todas as normas possíveis de serem aplicadas.”⁴²⁷. Por fim, Günther entende haver necessidade de uma coerência entre a norma selecionada como aquela apropriada para o caso concreto, com as demais normas passíveis de aplicação à situação, desde que isso seja entendido como a necessidade de uma referência às normas válidas que façam parte do modo de vida, ou seja, dos paradigmas “[...] que estabelecem quais sinais característicos em uma situação são normativamente relevantes.”⁴²⁸.

⁴²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 270.

⁴²⁴ Günther explica a idéia de norma *prima facie* a partir do exemplo de dois amigos, onde um aceita o convite do outro para uma festa, mas que, posteriormente, toma conhecimento de que precisa cuidar de um outro amigo doente. Nesse caso, aquela promessa de ir à festa corresponde a uma responsabilidade *prima facie*, distinta de uma responsabilidade definitiva. A norma definitiva não comportaria exceção, enquanto a *prima facie* seria válida somente enquanto a circunstância do caso concreto não implicasse uma excepcionalidade. GÜNTHER, Klaus. Op. cit., p. 305/306.

⁴²⁵ Ibidem, p. 335.

⁴²⁶ Ibidem, p. 348.

⁴²⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 195.

⁴²⁸ Günther reconhece a utopia de uma adequação entre situação e todas as normas válidas, donde a coerência a que ele se refere é aquela estabelecida apenas no caso concreto, considerando os paradigmas que forem normalmente relevantes para aquela situação. E para ele é a razão prática que disporá dos elementos desse sinais. GÜNTHER, Klaus. Op. cit., p. 358.

Conquanto se utilize dos discursos de justificação e de aplicação, é exatamente naquele último aporte de Günther acerca dos paradigmas que Habermas irá discordar de seu discípulo. E o faz por entender que ao se utilizar dos paradigmas para tentar aliviar a árdua tarefa de escolha da norma mais adequada ao caso concreto, estar-se-ia, na verdade, curvando-se às ideologias “[...] que se fecham contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessárias à luz de novas experiências históricas.”⁴²⁹. Habermas retoma, assim, a sua tradicional crítica aos modelos sociais do direito formal burguês e do direito materializado pelo Estado social tomados como ideologias a “contaminar” os discursos, tanto de justificação, quanto de aplicação.

Por essa razão, ele irá insistir na compreensão procedimentalista do direito capaz de delinear “[...] um nível no qual os paradigmas jurídicos, agora reflexivos, se abram uns aos outros e se comprovem na pluralidade de interpretações da situação.”⁴³⁰. Habermas rejeita veementemente uma opção que não seja *dialogica* por entender que os paradigmas somente podem servir como redutores de complexidade e garantidores de uma segurança jurídica se forem compartilhados intersubjetivamente por todos os parceiros do direito. Qualquer pessoa incumbida de decidir que aja de maneira solipsista estará a serviço de uma ideologia (provavelmente a sua própria) deslegitimando o processo sob a ótica da razão comunicativa⁴³¹.

Ainda tratando dos discursos de aplicação, Habermas tenta encontrar na teoria do direito como integridade de Dworkin resposta à seguinte pergunta: “[d]e que modo a prática da decisão judicial pode satisfazer, simultaneamente, ao princípio da segurança e da pretensão de legitimidade do direito?”⁴³². Reconhecendo que a coerência proposta por Dworkin na aplicação do direito para encontrar a “única resposta correta” é um tanto quanto pretensiosa, Habermas não pode com ela concordar exatamente pela sua característica monológica⁴³³, uma vez que fundada na capacidade de uma única pessoa – o juiz – de melhor interpretar os direitos e deveres, a história institucional e a estrutura política da comunidade, com base no modelo escolhido pelo próprio juiz, qual seja, “Hércules”⁴³⁴.

⁴²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p.275.

⁴³⁰ Ibidem, p.276.

⁴³¹ Ibidem, p.278.

⁴³² Ibidem, p.261.

⁴³³ Dworkin constrói a figura contrafática do juiz Hércules, um juiz com o poder de analisar um caso concreto e encontrar a única solução correta utilizando-se da integridade e da equidade para balizar a justiça e a sabedoria da decisão. Esse é denominado *método Hércules* ao qual ele se refere em *O império do Direito*. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 1.ed.2.tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.405.

⁴³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p.276.

Contudo, para Habermas, a idéia da “única decisão correta” é bem interessante se for compreendida como aquela que decorre de uma dinâmica interminável de argumentação com objetivo de um progresso cumulativo de um processo de aprendizagem⁴³⁵; em outras palavras, a teoria do direito de Dworkin será plausível se for enxergada como uma ordem de argumentos cuja coerência pode ser checada naquele momento, de maneira provisória, sujeita a críticas ininterruptas.

Assim, pode-se dizer que na aplicação do direito ao caso concreto, Habermas, com as necessárias conformações à sua teoria discursiva, aproveita de Klaus Günther a diferenciação entre discursos de aplicação e de fundamentação como maneira de aliviar os discursos jurídicos de aplicação do peso das questões de fundamentação. E de Dworkin ele capta a idéia de ser possível uma única decisão correta no âmbito de determinado sistema jurídico desde que haja uma coerência *espacial e temporal*⁴³⁶.

Em síntese, razoável afirmar-se que a aplicação do direito no caso concreto, para Habermas, pressupõe um discurso onde o direito se subordine ao poder comunicativo, o qual expressa um consenso entre as autonomias privadas dos envolvidos no conflito e a autonomia pública que fundamenta a legitimidade daquele direito, sendo necessários: (i) uma completa descrição da situação concreta e de todos os seus aspectos relevantes e, (ii) uma relação das normas adequadas para a construção da decisão no caso concreto.

5.4. O processo administrativo previdenciário em uma compreensão procedimentalista dialógica.

Como se viu, o modelo dialógico proposto por Habermas na construção da solução destinada aos casos concretos consubstancia-se na utilização do discurso de aplicação nos moldes da teoria da adequabilidade de Günther, com as necessárias ressalvas no que tange à necessidade de emprestar-lhe uma natureza procedimental, não conteudística. Mister apresentar, neste momento, as razões pelas quais se propugna a adoção desse modelo também no âmbito de um processo administrativo previdenciário.

Consoante dito alhures, tal como em um processo judicial, também no âmbito de um processo administrativo a lógica de argumentação deve pautar-se na busca da norma adequada

⁴³⁵ Ibidem. p.283

⁴³⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 202. Veja-se, a propósito, a seguinte afirmação de HABERMAS em referência ao pensamento de Günther: “Todavia, os juízes não podem eximir-se de uma avaliação reconstrutiva das normas tidas como válidas, porque eles só podem solucionar colisões de normas se assumirem ‘que todas as normas válidas formam, em última instância, um sistema ideal e coerente, que permite apenas uma resposta correta para situação de aplicação.’ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., v. I. p. 290.

a partir da legislação que foi devidamente construída nos discursos de fundamentação, sendo que, da mesma maneira, no âmbito da administração pública, o poder administrativo deve se submeter ao poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos. Mas qual o fundamento dessa assertiva? Em outras palavras: por que se pode afirmar que também nos processos administrativos previdenciários deve se observar a lógica da adequabilidade inerente aos discursos de aplicação com os aportes *habermasianos*?

No capítulo 2, mais precisamente no item 2.4, tratou-se da transição que marca o momento atual do direito administrativo, onde a prevalência do ato administrativo começa a ceder espaço à proeminência do processo administrativo como instrumento primordial de atuação do administrador público. Viu-se que, na medida em que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal determina a observância do contraditório e da ampla defesa não apenas no processo judicial, mas também no administrativo, fica claro que o processo administrativo é o caminho adequado para que seja assegurada aos particulares envolvidos no caminho decisório da Administração Pública a plenitude de seus direitos de participação democrática na esfera pública⁴³⁷.

E esse viés de *processualidade* na atuação do administrador público veio a ser reforçado com o advento da Lei 9.784/99, de forma que hoje é pertinente afirmar, com certa tranqüilidade, que toda e qualquer decisão da Administração Pública que tenha o condão de gerar efeitos na esfera jurídica patrimonial ou no universo de interesses do particular necessariamente deve seguir um *iter* procedimental que assegure os direitos inerentes às posições processuais não apenas do poder público, mas, principalmente, do administrado. Isso fica evidente quando o artigo 1º da referida lei estabelece que uma das finalidades do processo administrativo é exatamente garantir os direitos do administrado em face da Administração Pública.

No âmbito de um processo administrativo previdenciário há dois fatores que robustecem ainda mais essa necessidade de processualização da decisão: (i) a natureza jurídica dos direitos subjetivos individuais envolvidos, os quais são daquela espécie que dizem respeito, em regra, à própria subsistência do indivíduo, e (ii) o papel dúplice exercido pela Administração Pública que se apresenta como parte e como julgadora na pessoa da autarquia federal previdenciária, o INSS.

⁴³⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. As partes no processo administrativo: os papéis da Administração Pública na lei federal de processos administrativos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p.117, out./dez. 2011.

O primeiro desses fatores foi abordado no item 3.2 quando se observou que os direitos sociais previdenciários, não obstante as dificuldades de se definir precisamente quais são os direitos fundamentais, vem sendo assim qualificados uma vez que dizem respeito às necessidades mais mezinhas dos seres humanos. O segundo fator, no entanto, é aquele que mais evidencia a necessidade de se emprestar o caráter processual às demandas apresentadas perante o INSS.

Como já se viu, ao ser protocolado um pedido de benefício previdenciário, inicia-se um procedimento que irá culminar no deferimento ou não do pleito apresentado pelo cidadão. Nesse momento surge uma situação que, de tão corriqueira, costuma não mais despertar nos estudiosos a perplexidade acerca da dicotomia que se lhe apresenta: uma das partes da relação jurídica processual será a responsável pela decisão. Uma discussão mais aprofundada acerca dessa situação um tanto quanto inusitada costuma ser “sonegada” ao argumento de que, em face da garantia da inafastabilidade da jurisdição, qualquer decisão que venha a ser tomada pelo administrador público – no caso em questão, pelo INSS – poderá ser judicialmente questionada, o que minimizaria a importância de melhor compreender o fenômeno.

É certo que quando há conflito entre os interesses da Administração Pública e os dos particulares evidencia-se a necessidade de escolher algum órgão do Estado ao qual se possa atribuir competência para solucionar satisfatoriamente, de forma definitiva, esses litígios, sendo que é neste momento que surge, no entender de Hans Kelsen⁴³⁸, um dos grandes desafios do sistema da separação de poderes estatais, pois, em regra essa solução dos conflitos, esse verdadeiro controle da Administração Pública se fará pelo Poder Judiciário. Ou seja, um expoente do poder fazendo prevalecer sua vontade em relação a outro, não obstante ambos expressem a vontade do povo, ao menos teoricamente.

E foi exatamente essa jurisdição uma conferida ao Judiciário a opção feita pelo Brasil, diferente, por exemplo, do sistema de administração francês, no qual uma interpretação distinta do princípio da separação dos poderes influencia fortemente a configuração do modelo clássico de sistema de jurisdição administrativa⁴³⁹, com a característica típica do modelo gaulês de jurisdição administrativa: a definitividade. Essa é exatamente a característica mais marcante da jurisdição, pois representa a “palavra final” do Estado diante

⁴³⁸ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 400/401.

⁴³⁹ MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. A Modernização do Modelo Brasileiro Ante os Sistemas de Jurisdição Administrativa no Direito Comparado. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3249.pdf>> Acesso em: 16 jan 2015.

do conflito, o que, no ordenamento jurídico brasileiro, somente pode dar-se através do Poder Judiciário.

No entanto, repise-se, escudar-se nessa “garantia” da inafastabilidade da jurisdição para “contornar” aquela dicotomia não parece ser a melhor postura ao se considerar o atual estágio de compreensão do papel exercido pelo administrador público em um Estado que pretenda ser reconhecido como democrático de direito. Quando se avalia o papel do administrador público sob a ótica da primazia do interesse público sobre o privado é facilmente compreendida a função de julgador exercida pela Administração Pública, uma vez que, nessa perspectiva, o Estado, na condição de responsável pelo bem estar comum, posiciona-se acima de cada cidadão individualmente considerado, exatamente para que essa supremacia do todo sobre a parte possa ser viabilizada.

Porém, a partir do momento que a situação a ser avaliada para fins de tomada de decisão apresenta-se como um potencial conflito de interesses envolvendo direitos subjetivos da administração pública (INSS) e do particular, a questão passa a ser a de dar uma resposta adequada às seguintes indagações: (i) há um direito subjetivo em favor do INSS de “resistir” à concessão do benefício? (ii) a postura de se tentar conceder o menor número possível de benefícios pode ser encarada como uma defesa do interesse público por parte do INSS? (iii) como se garantir a imparcialidade do órgão julgador se ele próprio possui um interesse subjetivo direto envolvido?

Responder às duas primeiras indagações não parece ser tarefa árdua. Há muito se compreendeu que não se pode confundir interesse público com interesse da administração, sendo que a posição da Administração Pública nos contratos administrativos firmados com particulares é bem distinta daquela em que ela se apresenta como baluarte principal da satisfação do bem comum. Exemplificando, quando há a atuação da Administração Pública em uma situação de fiscalização ambiental, não há dúvida de que estará em jogo um interesse público (na hipótese um interesse difuso da sociedade), onde os critérios de atuação do administrador serão pautados pela primazia daquele interesse sobre o privado.

Já nas situações em que há um contrato administrativo, como, por exemplo, em uma prestação de serviços do particular à Administração Pública, a relação jurídica estará sujeita às disposições contratuais, as quais, não obstante a menor liberdade de negociação das cláusulas se comparadas àquelas oriundas de um contrato firmado sob a égide do direito

privado, deverão ser respeitadas pelas partes. Neste caso, eventuais “privilégios” da Administração serão apenas aqueles expressamente previstos na legislação pertinente⁴⁴⁰.

A situação é um tanto quanto distinta no caso da relação previdenciária existente entre o segurado e/ou seus dependentes do RGPS com o INSS. Nessa hipótese, não há um contrato firmado entre as partes e a relação jurídica pode ser definida como institucional, uma vez que o cidadão, exercendo atividade laborativa na iniciativa privada, fica obrigado a ingressar no RGPS e nele permanecer enquanto trabalhar⁴⁴¹. Nestes casos, é pertinente afirmar que o interesse público é exatamente o de proteger o cidadão, ou seja, não deixar que ele fique desamparado em situações de infortúnio ou quando tiver reduzida a sua capacidade de trabalho.

Destafeita, não se pode enxergar necessariamente um conflito direto entre o interesse demonstrado pela pessoa que busca um benefício previdenciário e o suposto interesse da administração em não conceder o benefício. Pelo contrário: há um interesse público que se revela na medida em que a sociedade procura proteger aquelas cidadãos que, de alguma maneira, necessitam estar amparados por um sistema de seguridade instituído exatamente para essa finalidade. Portanto, embora no processo administrativo previdenciário haja uma participação do interessado na obtenção do benefício mais fortemente guiada pelo seu direito subjetivo, ou seja, uma relação mais intensa entre o suposto titular do direito e os bens defendidos, isso não significa que na outra ponta haja um interesse público colidente, pois “[a] perseguição do bem comum nem sempre se apresenta desvinculada de um interesse subjetivo.”⁴⁴².

A partir dessas considerações, é razoável afirmar-se que o processo administrativo previdenciário necessita contar com a premissa de que a Administração Pública, no caso o INSS, não obstante seja tecnicamente parte na relação processual, deve agir de maneira imparcial no trâmite procedimental e na decisão final que a ela incumbe proferir. Retome-se, agora, a última indagação: como assegurar essa imparcialidade? A resposta que se vislumbra é de que isso somente será possível com a adoção de um procedimento discursivo onde estejam garantidas as condições ideais de um discurso voltado para a aplicação do direito.

⁴⁴⁰ No caso, trata-se da lei 8.666/93. BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências é que trata dessa parte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>.. Acesso em 15 abr. 2015.

⁴⁴¹ O ingresso no RGPS se dá, via de regra, independentemente da vontade do cidadão, bastando, para tanto, que ocorra determinada situação prevista na lei que o torne segurado obrigatório. A exceção fica por conta do segurado facultativo, ou seja, aquele que ingressa no RGPS pela sua exclusiva vontade, mediante contribuições, como no caso, por exemplo, de um estudante.

⁴⁴² BAPTISTA, Patrícia. Op. cit., p.169

Como se viu no tópico anterior, em um discurso de aplicação não mais se coloca a questão acerca da validade, ou não, da norma – o que ficou a cargo dos discursos de justificação –, resumindo-se à verificação da adequabilidade da norma ao caso concreto. A dificuldade é a não definição estrutural completa das situações a que estão submetidos os interessados, dada a impossibilidade de conhecer todos os aspectos relevantes em face da finitude temporal e das diferentes perspectivas pessoais.

Portanto, somente um procedimento que consiga definir precisamente a situação fática completa e que identifique a norma adequada à situação é que conferirá legitimidade à situação. Em outras palavras, faz-se necessária a “caminhada” proposta por Klaus Günther, com os aportes de Habermas, para que se chegue à decisão correta de maneira imparcial em um processo administrativo previdenciário.

O primeiro passo para definir de forma precisa a situação concreta em um processo administrativo previdenciário é o estabelecimento de uma interação dialógica entre o segurado ou o dependente vinculado ao RGPS e o servidor público responsável pelo processamento do pedido formulado perante o INSS. É através dessa interação que será possível conhecer todos os fatos, circunstâncias e detalhes que irão permitir a construção ou reconstrução consensual da real situação que envolve o solicitante do benefício, eliminando-se presunções e preconceções que “mascarem” a realidade.

No item 4.1, viu-se que somente através da condição dialógica que se realiza em uma relação dialética do universal e do individual é que será possível conhecer as condições de vida de um sujeito. E é no processo administrativo previdenciário que esse intenso diálogo a ser travado entre o servidor público e o pretendente ao benefício previdenciário deve ser o mais completo possível.

No entanto, o que se percebe na prática cotidiana é uma relação quase que monológica, em que, através de um depoimento pessoal do interessado, colhido pelo servidor público, é travado um suposto “diálogo” do tipo *perguntas-e-respostas*, no qual quem delimita a extensão dos fatos e circunstâncias a serem considerados é o próprio “entrevistador”, com evidente prejuízo à observância do elemento normativo da linguagem, necessário à configuração de um processo de conhecimento pleno⁴⁴³.

Ora, um processo administrativo, sob a perspectiva da teoria discursiva, não se limita a uma mera “apuração monológica de fatos” na qual um servidor público, internalizando a

⁴⁴³ Não causa surpresa o fato de esse depoimento pessoal ser denominado pelo INSS de “entrevista”, cuja característica é exatamente essa dinâmica de perguntas e respostas, onde o entrevistado não tem muita possibilidade de interagir com o entrevistador fora daquilo que este delimita.

razão prática, conseguiria enxergar, *herculeamente*, a completude de uma realidade para tomar a melhor decisão possível. Ao contrário, sob a perspectiva da razão comunicativa, não apenas o servidor público, mas também o cidadão interessado na obtenção do benefício previdenciário, devem estar aptos e a eles ser permitido a apresentação de suas pretensões de validade, as quais, por sua vez, estarão sujeitas as críticas. Ou seja, não deve haver uma superioridade *a priori* das razões ou pretensões levantadas pelo servidor público, sendo que ambos, servidor e interessado, devem estar em igualdades de condições argumentativas para que se chegue a um consenso acerca de quais os fatos e circunstâncias são relevantes para o caso concreto.

Essa mesma disposição comunicativa entre os participantes do processo administrativo previdenciário há de prevalecer quando da instrução do processo. No item 3.3, no qual se tratou da modelagem normativa do processo administrativo previdenciário, viu-se que tanto a lei 9.784/99 quanto a INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010 prevêm a oitiva de testemunhas para uma melhor apuração dos fatos pertinentes ao pedido formulado. No entanto, nenhuma dessas duas normas minudencia a dinâmica da colheita dessas provas. Na prática, o que se observa é que esses depoimentos, não raramente, são colhidos em momentos distintos entre eles, ou entre eles e o depoimento pessoal do interessado, sendo comum que o ato processual ocorra sem a presença do administrado⁴⁴⁴.

Também em processos administrativos em que a produção de uma prova técnica é essencial, como no caso de um pedido de benefício por incapacidade (situação em que a perícia médica se faz necessária), a prova costuma ser produzida, via de regra, de maneira unilateral. Normalmente, não é dada oportunidade de apresentação de quesitos por parte do segurado, o que transforma o ato probatório em uma mera “consulta” a um perito-médico do próprio INSS⁴⁴⁵. Nem mesmo é permitido o acompanhamento do periciando por um representante ou advogado; ou seja, não se pode sequer dizer que, neste caso, há um efetivo processo administrativo, em flagrante descumprimento da lei 9.784/99. Situação similar ocorre quando se trata de uma perícia social para verificar a realidade sócio-econômica do

⁴⁴⁴Vide nota 346.

⁴⁴⁵ No próprio site do INSS há a informação de que a perícia deve ser agendada pela internet, sem que haja qualquer mecanismo que permita ao segurado apresentar previamente as suas argumentações e considerações acerca do problema que o aflige. Na verdade, trata-se apenas de uma consulta em que o segurado deve levar os exames que tiver em mãos e se submeter ao exame do perito que dirá se ele está incapaz, ou não, para o trabalho, e, em caso positivo, a duração provável da incapacidade. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_100701-165317-517.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015.

interessado e de sua família quando na hipótese de um pleito envolvendo benefício assistencial⁴⁴⁶.

Esses exemplos demonstram que na prática do processamento dos pleitos de benefícios previdenciários perante o INSS, inexistente uma interação efetivamente dialógica onde a razão comunicativa prevaleça. O papel do administrado é, por que não dizer, de coadjuvante, sendo ele tratado quando muito como mais um elemento de prova, e não como um interlocutor essencial para que a processualidade do pleito se apresente de forma legítima, eis que “[...] somente o envolvimento dos cidadãos nos processos administrativos, através da introdução de estruturas dialógicas, aumentará o nível de legitimação, hoje tão baixo, das decisões administrativas.”⁴⁴⁷.

Algumas dessas estruturas dialógicas podem ser vislumbradas da seguinte forma:

- (i) em qualquer processo administrativo previdenciário, estabelecer um momento inicial onde, consensualmente, seriam definidos provisoriamente os fatos que precisam ser demonstrados através da instrução do processo;
- (ii) prever a participação efetiva do interessado em todos os momentos em que forem colhidas as provas, permitindo que sejam por ele formuladas perguntas às testemunhas e apresentados quesitos aos peritos;
- (iii) permitir em cada uma das etapas do processo, inclusive no momento da colheita das provas orais ou da realização da perícia técnica, que o segurado seja acompanhado por um assistente e/ou advogado, dada sua eventual simplicidade;
- (iv) após a colheita de cada prova, ou ao menos ao final de toda a instrução processual, estabelecer um novo momento dialógico em que circunstâncias outras que surgiram ao longo do processo possam ser consideradas, para, se for o caso, sejam colhidas novas provas ou determinadas outras diligências;
- (v) ao final, quando houver consenso acerca da suficiência probatória, seja empreendido aquilo que Klaus Günther denominou de *esgotamento normativo*, ou seja, a seleção de todas as normas previdenciárias relativas a benefícios que

⁴⁴⁶ O benefício assistencial previsto na Lei 8.742, conhecido por *LOAS*, não se trata de um benefício previdenciário, eis que concedido às pessoas cuja deficiência a impeçam de trabalhar e aos idosos com mais de sessenta anos, independentemente de contribuição ao RGPS, desde que haja a comprovação de miserabilidade familiar. No entanto, apesar de não se tratar de benefício previdenciário, o responsável pela análise do pedido e pela concessão é também o INSS, daí porque o processamento do pleito é similar àqueles alusivos à Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm>. Acesso em: 15 abr. 2015

⁴⁴⁷ BAPTISTA, Patrícia. Op. cit., p. 128.

eventualmente sejam aplicáveis ao caso concreto, e, em seguida, seja escolhida aquela que mais se adequa, entre as aplicáveis;

- (vi) por fim, que neste processo de escolha da norma adequada e de construção da decisão adequada, o INSS esteja representado pelo servidor que participou de todo o *iter* procedimental, e não por outro servidor público de nível hierárquico superior⁴⁴⁸.

Evidentemente que o estabelecimento de estruturas dialógicas, tal como sugerido, demanda, além de tempo, uma adequada estruturação funcional do INSS, revelando dificuldades que normalmente são apontadas pelos críticos de Habermas, como se verá no próximo item. Contudo, tais obstáculos não podem servir de escusa para a não adoção de algum modelo mais democrático de processo administrativo previdenciário, pois:

A procedimentalização do agir administrativo, isto é, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadãos, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido.[...] O procedimento administrativo não deixa de ser um modo de domesticação do exercício do poder da Administração Pública.”⁴⁴⁹

Com efeito, apenas se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático se e quando o administrado possa participar da feitura do querer administrativo, ou de sua concretização efetiva.

5.5. Desafios para implementação de um modelo dialógico-democrático de processo administrativo previdenciário

A teoria discursiva elaborada por Habermas, como não poderia deixar de ser, é alvo de várias críticas especialmente no que tange à sua aplicabilidade nos denominados *discursos de aplicação*. As principais se referem à idealização excessiva das condições ideais do

⁴⁴⁸ O que se observa na prática atual dos processos administrativos previdenciários é que a colheita de provas, as entrevistas, as consultas a dados em sistemas informatizados, etc., são elaboradas por um servidor da autarquia previdenciária, sendo que, após, a decisão final acerca da concessão do benefício pleiteado é atribuída a um servidor hierarquicamente superior, o qual não participou de qualquer etapa do processo e sequer teve contato pessoal com o administrado-interessado. A guisa de exemplo, em um processo em curso perante a 1ª Vara Federal de Varginha-MG, a servidora do INSS que realizou a entrevista rural e colheu o depoimento das testemunhas foi a Analista do Seguro Social do INSS Renata Maria Lopes, mat. 1377051, e quem proferiu a decisão final foi a gerente da Agência do INSS em Varginha Marly A.R. Rodrigues, mat. 0949042. Cf. BRASIL. Justiça Federal de 1º grau. Varginha-MG. 1ª Vara. Processo nº 4548-34.2014.4.01.3809, p. 154, 181 e 199.

⁴⁴⁹ Romeu Felipe Bacellar Filho *apud* SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Op. cit., p. 99.

discurso e dos problemas de verificação empírica⁴⁵⁰; há também críticas relativas à própria ideia do que seria realmente um consenso⁴⁵¹ e até mesmo dos riscos de um modelo de sociedade pós-moderna consensual⁴⁵², tal como preconizado por Habermas. Evidentemente que neste tópico não será possível detalhar todas essas críticas, sendo que delas serão abordados apenas aspectos pontuais que estejam diretamente relacionados às dificuldades de adoção de um modelo *dialógico-discursivo-consensual* no âmbito de um processo administrativo previdenciário.

Antes mesmo de adentrar no exame dessas críticas, podem ser ressaltadas as dificuldades práticas para a adoção do modelo proposto no item anterior: a questão do tempo de duração de um processo administrativo e a necessidade de uma adequada estrutura logística da Administração Pública para efetivação do modelo. De fato, o tempo despendido em um processo administrativo em que a cada colheita de provas orais e a cada exame pericial se estabelecesse uma conversação para que novas questões fossem avaliadas seria um empecilho à própria agilidade do feito e à pretendida eficiência administrativa.

Por outro lado, a logística que seria necessária para que a Administração Pública pudesse dar conta de um modelo em que mais servidores públicos, maiores espaços físicos e melhores condições operacionais fossem exigidos, com certeza seria outra dificuldade. Contudo, esses entraves, não obstante reais, não podem ser debitados ao modelo proposto, tratando-se de problemas de gestão pública e que, nessa seara, deveriam ser equacionados.

A primeira crítica que merece especial atenção é aquela relativa à idealização excessiva das condições do discurso, ou, traduzindo-a na forma de uma indagação: até que ponto há condições efetivas de participação do segurado ou de seu dependente em um processo administrativo previdenciário, em uma dimensão ética discursiva e que tenha por fundamento interesses universalizáveis, nos moldes da teoria de Habermas? De fato, é razoável supor que para que essa teoria seja realizável, a sociedade deva ter atingido o nível convencional ou pós-convencional, ou seja, que se tenha atingido um elevado grau de racionalidade⁴⁵³.

Realmente, a proposta da ética discursiva habermasiana pressupõe a visão de uma sociedade quase perfeita constituída por homens livres e conscientes, com a prevalência da lógica do melhor argumento possível, pois, como afirma Simioni:

⁴⁵⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Op. cit., p. 574.

⁴⁵¹ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 169.

⁴⁵² GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução: Irene.A. Paternot. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 485.

⁴⁵³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 238.

Um consenso, em condições ideais, pressupõe a disposição sincera de todos os participantes do discurso a um entendimento comunicativo com transigência e tolerância. Ele exige uma sociedade onde os conflitos sociais podem ser mediados, negociados e apaziguados discursivamente. E essa idealização exigente se agrava na medida em que se exige, também, a perspectiva universal do consenso.⁴⁵⁴

Com isso, se não há uma efetiva disposição para o consenso por parte daqueles que estão interagindo, torna-se bastante improvável um ambiente que favoreça a implementação das condições ideais de discurso. Não há como deixar de reconhecer que em uma sociedade onde ainda grassa um modelo de conflito baseado na relação perde-ganha e na busca da certeza é sempre mais difícil a racionalização do direito via ação comunicativa legitimada pela participação e a validade pelo entendimento⁴⁵⁵.

Outro aspecto a ser considerado dentro dessa perspectiva crítica de idealização excessiva da teoria discursiva refere-se à questão da desigualdade social que caracteriza a sociedade brasileira. Para que haja uma efetiva inclusão discursiva, é imprescindível que todos aqueles que possuam interesse em participar da interação dialógica tenham condições materiais de participar, sem o que a própria ideia de universalização ficará comprometida.

Além disso, especificamente no que se refere aos discursos de aplicação, há o problema da amplitude daqueles que podem participar, já que, em geral, as regras processuais limitam a participação apenas às partes e a seus representantes, inexistindo modelos institucionalizados – como, por exemplo, as audiências públicas – que pudessem viabilizar a complementação de eventuais problemas de legitimidade nos discursos de aplicação, através de novos discursos de fundamentação⁴⁵⁶.

E mesmo que existissem eficientes modelos de participação democrática, é necessária a conscientização, pela coletividade, da importância dessa participação, havendo quem enxergue na adoção de sofisticados modelos de participação em uma sociedade *desinformada* como a brasileira, um risco de que a sociedade se torne presa fácil de *militâncias organizadas* e de que tenha que arcar com “[...] pesados custos da ineficiência legitimada.”⁴⁵⁷. Por certo, uma resposta de Habermas a essas críticas poderia ser no sentido de que o problema não está no modelo que propõe a racionalidade comunicativa nos discursos, mas exatamente na falta de sua adoção que acaba por não permitir que as questões estruturais da sociedade sejam consensualmente equacionadas pela coletividade.

⁴⁵⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Op.cit., p.575

⁴⁵⁵ ALBERTON, Genacéia da Silva. Op.cit., p.93.

⁴⁵⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op.cit., p. 259.

⁴⁵⁷ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 240.

Há, ainda, uma crítica que vai de encontro ao cerne da própria teoria discursiva. Para Richard Posner, a ideia dos pragmatistas – e destaca Habermas em especial – de que “[...] a objetividade em direito depende da coincidência de que um consenso político se tenha formado em torno das premissas da análise judicial”⁴⁵⁸, é equivocada, uma vez que, para ele, a expressão “consenso político” nada mais é do que um termo “polido” para a vontade do mais forte, mesmo porque os juízes, ao proferirem suas sentenças, nada mais são do que pessoas “[...] que deduzem as implicações da relações de poder na sociedade.”⁴⁵⁹. Conquanto a referência a *juízes*, a crítica valeria também para o caso do processo administrativo previdenciário em que o papel de julgador é exercido pelo servidor público incumbido de prolatar a decisão administrativa.

Essa crítica é realmente forte, pois leva à reflexão acerca da dificuldade de que o poder comunicativo possa “vencer” as estruturas de poder consolidadas na sociedade. Mais ainda, leva a pensar se algumas dessa estruturas – como o poder administrativo, que é o que interessa no presente trabalho – não é uma maneira de proteger o próprio cidadão, na medida em que é sobre essa estrutura que são construídos princípios como o da prevalência do interesse público sobre o privado e o da estrita legalidade, os quais, antes de serem entendidos como privilégios da Administração Pública, poderiam ser enxergados como garantia de um tratamento isonômico a todos e de estabelecimento de obstáculos a eventuais arbitrariedades por partes dos servidores públicos.

Nessa mesma direção pode ser destacada a crítica da filósofa política francesa Simone Goyard-Fabre que adverte para o risco do que ela denomina de “pós-modernidade consensual”. Para ela, uma visão pós-moderna do direito político incorre no risco de se perder em um pluralismo sem limites, sendo que a razão comunicacional de Habermas, se não se conseguir aprimorar o estatuto da racionalidade dialógica, pode significar a perda da grande conquista advinda com a modernidade que é a racionalidade instrumental⁴⁶⁰.

Conquanto não fique claro se ela está efetivamente criticando Habermas ou apenas suscitando questões para reflexão, as suas observações acerca dos riscos de uma “apologia” da prática consensual são realmente desafiadoras, *verbis*:

Entretanto, não se deverá recear que, no universo filosófico contemporâneo, cujo projeto é renegar nosso legado da modernidade, o direito político fique ameaçado pela desordem e pela anarquia? Recusar, junto com a universalidade unificadora da razão, as formas centralizadoras e as potências normativas do Estado, não será correr

⁴⁵⁸ POSNER, Richard A. Op.cit., p. 169.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 169.

⁴⁶⁰ GOYARD-FABRE, Simone. Op.cit., p.487.

o risco de condenar a vida social a seguir os movimentos e os impulsos da multidão, portanto, a afundar mais dia menos dia no caos? No limite, subordinar o direito político ao consenso social equivale à ausência de governo e de aparelho jurídico para regular a vida social: é uma utopia suicida.⁴⁶¹

Assim, além da crítica à própria impossibilidade de um consenso político, a busca desenfreada por esse “utópico” consenso poderia ter o nefasto efeito de fragilizar as estruturas administrativas do Estado. No âmbito do objeto da presente pesquisa, essa crítica poderia ser traduzida no receio de que afastar os poderes inerentes à Administração Pública - no caso o INSS - da condução do processo administrativo previdenciário, em prol de uma interação dialógica em que o único poder admitido fosse o *comunicativo*, seria dar azo à desordem e à anarquia, o que, ao final, seria prejudicial ao próprio cidadão.

Por fim, merecem destaque as críticas mais associadas à dificuldade de verificação empírica da teoria discursiva de Habermas, especialmente aquelas empreendidas pelos estudiosos da hermenêutica de Heidegger e de Gadamer, para quem haveria imensa dificuldade de se estabelecer um “grau zero” em qualquer discussão, dada a influência exercida pela história de vida de cada participante no diálogo; além disso, há a crítica luhmaniana de que o projeto de Habermas “[...] pode ser visto como uma idealização que, no máximo, é bem intencionada.”⁴⁶²

É óbvio que todas essas críticas – que, repise-se, não podem ser aqui aprofundadas em seus detalhes – mereceram e merecem total atenção de Habermas, que não se furtou a tentar rebatê-las em vários de seus escritos. O importante, no entanto, é perceber que, mesmo diante dessas dificuldades e apesar de algum caráter utópico em qualquer modelo sócio-político-jurídico de atuação que se baseie na teoria discursiva do direito, não parece que a intenção de Habermas seja afastar pura e simplesmente o poder soberano do Estado, mas, sim, buscar a legitimação desse poder mediante a participação efetiva e decisória de todos os cidadãos.

⁴⁶¹ Ibidem, p. 485.

⁴⁶² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Op. cit., p. 245.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de considerações finais, relevante destacar que a efetivação dos direitos sociais em um panorama em que os ideais democráticos se harmonizem com as garantias do constitucionalismo exige um aparato instrumental adequado dentro das estruturas das esferas públicas de uma sociedade.

Mas, como se viu, o direito administrativo, em sua gênese, ao invés de representar uma conquista do Estado de Direito em prol do administrado, serviu muito mais como escudo em favor do Estado-administrador com a construção de paradigmas e a formulação de princípios que visaram à manutenção da estrutura de poder existente no período pré-Revolução francesa.

Especificamente em relação às demandas dos cidadãos frente a esse Estado que se apresenta como Social de Direito, essa conformação do direito administrativo impede que as decisões administrativas sejam “construídas” dialogicamente, através da efetiva participação do(s) interessado(s), o que não mais se coaduna com o momento constitucional atual.

Essa efetiva participação do cidadão no processo administrativo apresenta-se imprescindível para a formação da “vontade administrativa”, eis que necessária para equilibrar o interesse público e o interesse privado. Somente ao serem estabelecidos canais de diálogo entre sociedade e Administração Pública é que se torna possível atribuir legitimidade a qualquer decisão estatal.

Com isso, a legitimidade do ato administrativo fica a depender da participação do administrado por meio de um processo administrativo em que se lhe assegure efetivo envolvimento na formulação da decisão. Deve haver a certeza de que o administrado-cidadão será um co-prolator da decisão administrativa, apresentando os fatos que entender pertinentes, produzindo suas provas, e, mais que isso, definindo, junto com a Administração, aquilo que efetivamente é o objeto da demanda.

Sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo, essa efetiva participação no processo administrativo é um direito fundamental do cidadão, e o objetivo constitucional é exatamente garantir que o administrado não se veja submetido de forma antidemocrática aos interesses da maioria, sob a nefasta blindagem de se tratarem de interesses públicos que devem prevalecer sobre os individuais.

Dentre esses direitos sociais que são conferidos aos cidadãos a partir do momento em que o Estado passa a assumir uma constante atividade prestacional, destacam-se os direitos previdenciários, cuja fundamentalidade, como se viu, advém não de uma condição *a priori* do

ser humano, mas do diálogo constitucional. Por certo que os argumentos de cunho moral - que no caso dizem respeito ao fato de tais direitos decorrerem da imprescindibilidade de satisfação das primeiras necessidades humanas - foram considerados no procedimento discursivo; no entanto, o que confere o caráter de fundamentalidade a tais direitos é exatamente o fato de assim estarem previstos na Constituição Federal, e não qualquer argumento “metafísico” ou transcendental.

A análise da modelagem normativa brasileira voltada para o processo administrativo em geral, e o previdenciário, em particular, permitiu a conclusão de que, não obstante os importantes avanços no que se refere às garantias do administrado quando de uma demanda perante o INSS, o modelo ainda não atende aos ideais democráticos de efetiva participação do cidadão, uma vez que não consagra uma interação efetivamente dialógica entre os envolvidos no processo.

Percebida, então, essa deficiência, partiu-se em busca de uma matriz teórica que servisse de embasamento a formulações visando a uma nova concepção de processo administrativo previdenciário verdadeiramente dialógico e democrático. E esse referencial teórico foi encontrado em Jürgen Habermas.

Como resultado das primeiras investigações balizadas pelas obras de Habermas, constatou-se que a história de um sujeito é construída e reconstruída a todo momento, a partir da significação que pessoas ou coisas adquirem nas diversas interações empreendidas por esse sujeito. Somente a condição dialógica que se realiza em uma relação dialética do universal e do individual é que permitirá conhecer as condições de vida desse sujeito.

Percebeu-se a fecundidade dessa premissa para um processo administrativo previdenciário, na medida em que somente um intenso diálogo reflexivo entre o cidadão e o servidor público, que naquela interação represente o Estado, permitirá a exata compreensão do mundo historicamente vivenciado pelo interessado, o que é imprescindível para a construção da melhor decisão para o caso.

Um processo administrativo previdenciário - talvez de forma muito mais aguda do outros processos administrativos - somente é um instrumento democrático de aplicação das normas no caso concreto se forem considerados os contextos de vida daquele que comparece diante do Estado com uma determinada pretensão. A complexa faticidade da existência humana exige mais do que apenas uma coleta de informações objetiva e fragmentadamente obtida através de uma simples “entrevista” com o interessado.

Em um processo administrativo previdenciário, é fundamental que os participantes da interação (servidor e segurado) consigam compartilhar intersubjetivamente o mesmo

mundo objetivo, ou seja, que estejam aptos a enxergar a realidade “desde sempre” para negociarem a cada situação que se apresentar durante o processo, estabelecendo as pretensões de validade que deverão ser satisfeitas.

Eventual decisão, ou mesmo um suposto “acordo” que seja fruto de uma imposição, quer por argumentos “de autoridade”, quer por suposições dogmáticas do tipo “prevalência do interesse público sobre o privado”, não satisfaz às premissas do agir comunicativo de Habermas. Ainda que seja possível forçar um “acordo” de maneira objetiva, a utilização de qualquer tipo de coação, que não seja a do melhor argumento, não poderá ser considerado “comum acordo” sob um ponto de vista subjetivo.

A ideia habermasiana de “colonização do mundo vivido” pelos mecanismos de integração sistêmica é perfeitamente verificável no âmbito dos processos administrativos previdenciários, haja vista que o poder administrativo do Estado acaba por “contaminar” tais processos administrativos, notadamente os previdenciários, na medida em que desafia a realidade social vivenciada pelos que estão inseridos no sistema da seguridade social, a fim de que ela se adeque às exigências daquele poder.

A adoção de uma razão comunicativa em substituição a uma razão puramente instrumental é a proposta de Habermas para “descolonizar” esse mundo vivido, minimizando os efeitos desses mecanismos funcionais que afetam, por exemplo, a dinâmica de um processo administrativo previdenciário. É somente na perspectiva da razão comunicativa que seria possível resgatar a eticidade do mundo vivido, expandindo-se os acordos comunicativos conquistados pela força livre e imparcial do melhor argumento.

Inicialmente, o direito era visto por Habermas também como um mecanismo que retirava a eticidade das interações subjetiva, fenômeno esse que, na perspectiva de um processo administrativo previdenciário, poderia ser percebido na intensa posituação normativa na área do direito previdenciário, como risco de se burocratizar o processo em prejuízo de uma ação comunicativa orientada para o entendimento cooperativo.

Na medida, contudo, que vislumbra a moral não mais como instrumento corretivo do direito, enxergando uma cooriginariedade entre ambos, Habermas está pronto para desenvolver a sua teoria discursiva do direito, passo fundamental para que a sua anterior teoria da ação comunicativa comece a se tornar mais palpável, mais concreta. É essa teoria discursiva, na qual o direito passa a ter papel relevantíssimo de mediador entre a faticidade e a validade, que viabilizará a construção de um procedimento capaz de garantir as condições ideais de fala.

É na “competição discursiva” pelo melhor argumento que cada um dos atores envolvidos na interação poderá aceitar a verdade que racionalmente se mostrar mais aceitável. Cada participante deverá envolver-se no Discurso prático (aquele que observe os princípios *U* e *D*) apresentando suas pretensões de validade de forma objetiva, correta e sincera, mas aceitando que cada uma delas permaneça suspensa até que se encontre, de forma racional, o melhor argumento.

É a adoção de um procedimento discursivo no âmbito de um processo administrativo previdenciário que permitirá que tudo possa ser objeto de discussão, tudo possa ser objeto de crítica, já que o simples fato de uma norma possuir vigência social não garante que ela esteja correta, vale dizer, não é garantia de que essa norma satisfaça a pretensão de vigência ideal.

Entretanto, com a mudança de sua visão acerca do direito, e para que a sua teoria passe a ter uma funcionalidade mais perceptível, ele vai afirmar que a moral orientada por princípios depende de uma complementação através do direito positivo. É este que servirá para a constatação de que as pretensões de validade acerca da verdade foram satisfeitas.

E ao enfrentar a questão relativa aos procedimentos discursivos para a elaboração e a aplicação do direito positivado, Habermas percebe a pertinência da distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação como mecanismos apropriados a conferir legitimidade a cada uma dessas etapas de conferência do direito.

Assim, é no âmbito de um procedimento discursivo de elaboração das normas jurídicas que serão compatibilizados os direitos humanos (autodeterminação moral) e a soberania do povo (autorrealização ética). Mas são nos discursos de aplicação que deverá ser instituído um procedimento próprio não mais para justificar ou determinar alguma norma jurídica, mas para atestar qual a norma, dentre as já previamente justificadas, é a adequada para o caso concreto.

E é sob a ótica dos discursos de aplicação que deverão transcorrer os processos administrativos previdenciários, pois somente assim o poder administrativo se submeterá ao poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos, com a busca pela norma adequada a partir da legislação que foi devidamente construída nos discursos de fundamentação.

Enxergar necessariamente um conflito direto entre o interesse demonstrado pela pessoa que busca um benefício previdenciário e o suposto interesse da administração em não conceder o benefício é um erro. Há, na verdade, um interesse público que se revela na medida em que a sociedade procura proteger aquelas cidadãos que, de alguma maneira, necessitam estar amparados por um sistema de seguridade instituído exatamente para essa finalidade.

O fato de o interesse do cidadão que participa de um processo administrativo previdenciário estar mais fortemente guiado pelo seu direito subjetivo não significa que na outra ponta haja um interesse público colidente, uma vez que nem sempre a busca pelo bem comum está desvinculada de um interesse subjetivo.

Portanto, um processo administrativo previdenciário, sob a perspectiva da teoria discursiva, não pode se limitar a uma mera “apuração monológica de fatos” na qual um servidor público, internalizando a razão prática, conseguiria enxergar, *herculeamente*, a completude de uma realidade para tomar a melhor decisão possível. Ao contrário, sob a perspectiva da razão comunicativa, não apenas o servidor público, mas também o cidadão interessado na obtenção do benefício previdenciário, devem estar aptos e a eles ser permitido a apresentação de suas pretensões de validade, as quais, por sua vez, estarão sujeitas às críticas.

Ou seja, não deve haver uma superioridade *a priori* das razões ou pretensões levantadas pelo servidor público, sendo que ambos, servidor e interessado, devem estar em igualdades de condições argumentativas para que se chegue a um consenso acerca de quais os fatos e circunstâncias relevantes para o caso concreto

Um processo administrativo previdenciário fortemente dialógico é o caminho adequado para que seja assegurada aos particulares envolvidos no caminho decisório da Administração Pública a plenitude de seus direitos de participação democrática na esfera pública da Previdência Social.

Não obstante as críticas que possa merecer, se a teoria social de Habermas é de caráter reconstrutivo e emancipatório, e não meramente descritivo, claro que nenhum modelo de processo, quer judicial, quer administrativo, que se funde na sua teoria discursiva do direito poderá abrir mão de certa idealização, de uma boa dose de utopia. Afinal, se não for tentado, nunca se o saberá possível.

REFERÊNCIAS

- ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef (Coord.). *Tendências Actuales del Procedimiento Administrativo em Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Eudeba,.2012.
- ALBERTON, Genacéia da Silva. Ação comunicativa e jurisdição: uma contribuição habermasiana. *Revista da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, Ano 12, v. 23, jan/dez. p.85-102, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Justiça Administrativa (Lições)*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- BALERA, Wagner. *Processo administrativo previdenciário: benefícios*. São Paulo: LTr, 1999.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROS, Allan L.O. *Linhas gerais sobre o processo administrativo previdenciário*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/17278/linhas-gerais-sobre-o-processo-administrativo-previdenciario>>. Acesso em: 13 set 2014
- BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____.*Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo nº 239, 2005, p. 1-31.
- _____.*Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____.*Temas de Direito Constitucional e Administrativo: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1983.
- _____.*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____.Lei 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____.Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____.Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____.Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784cons.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____.INSS. Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____.Superior Tribunal de Justiça MS 21894/RS, rel. Min. Arnaldo Esteve Lima. Brasília. DF, 17 DEZ 2007.

_____.Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n.5*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>.Acesso em:31 mar. 2015.

_____.Justiça Federal de 1º grau. Subseção Judiciária de Varginha-MG. Processo nº 3560-21.2014.4.01.3809. Autora: Malvina Ribeiro de Paula; Réu: Instituto Nacional do Seguro Social. p. 111 e 152.

_____.Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências é que trata dessa parte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>.. Acesso em 15 abr. 2015.

_____. Justiça Federal de 1º grau. Varginha-MG. 1ª Vara. Processo nº 4548-34.2014.4.01.3809, p. 154, 181 e 199

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica*. 6.ed.2.tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. *Dependência e desenvolvimento na América Latina: Ensaio de Interpretação Sociológica*. 2. ed. Rio de janeiro: Zahar Editores, 1970.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Mudanças sociais na América Latina*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1969.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Pietro. A soberania na cultura político-jurídica medieval: imagens e teorias. In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAVIDOFF, Linda L. *Introdução à psicologia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 17.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DORTIER, Jean-François. *Dicionário de Ciências Humanas*. São Paulo. Martins Fontes, 2010

DUQUE, Marcelo Schenk. Princípios e disposições gerais da Lei 9.784/1999. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.893, mar.63/99, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 1.ed.2.tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. rev. e atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FREITAS, Eduardo. *Primeiro, segundo e terceiros mundos*. Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com/geografia/primeiro-segundo-terceiro-mundo.htm>> Acesso em: 05 abr. 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Tradução de Sérgio Faraco. Porto alegre: L&PM Editores, 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução: Irene.A. Paternot. 1.ed.2.tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUANDALINI JÚNIOR, Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. 2011. 240f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal do Paraná, 2011.

GUNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. 2.ed. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. *Conhecimento e interesse* Tradução de Luiz Repa. São Paulo: UNESP, 2011.

_____. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, v. I.

_____. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, v.II.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v.I.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v.II.

_____. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. 2.reim. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. (da 20.ed. alemã) de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 6.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. *Coleção: Grandes mestres do pensamento*. São Paulo: Editora Formar, [1900], v.5

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reim., São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6.ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.), *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – Estudos em Homenagem a J.J. Canotilho*. São Paulo: RT, 2008.

LIMA, Erick C. *Democracia e intersubjetividade: O modelo habermasiano a partir dos processos societários de formação prático-cognitiva*. Disponível em: <<http://www.uel.br/eventos/sepech/sepech08/arqtxt/resumos-anais/ErickLima.pdf>>. p.2. Acesso em: 20 mar. 2015.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. A lei federal do processo administrativo federal como instrumento de exercício da cidadania. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, nº 3, Ano XXVI, mar. 2010. p.275, 2010.

MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del Diritto Amministrativo*, 4 ed. Milano: Laterza, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1975.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do processo administrativo. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENEZES, Anderson. *Teoria Geral do Estado*. 7 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A fundamentalidade do direito previdenciário no Brasil. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/262-artigos-abr-2014/6480-a-fundamentalidade-do-direito-previdenciario-no-brasil>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. A modernização do modelo brasileiro ante os sistemas de jurisdição administrativa no direito comparado. *Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi*. Fortaleza, jun 2010.

MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*. Brasília: CJF/CEJ, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ORMEROD, Alexandre Rodriguez Bueno. *Administração Pública Dialógica e Legitimação da Atuação Administrativa*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/al-exandreormerod.pdf>. Acesso em 12 mai. 2014.

PERLINGEIRO, Ricardo. Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os deságios da igualdade e segurança jurídica. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 13,n.68, 2011.

PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, Estado e Direito Administrativo no Brasil. *Direito em ação*, Brasília, v.8 n.1, janeiro 2012.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões. 3ª Ed. Martins Fontes, 2008.

ROCHLITZ, Rainer (Coord.). *Habermas: o uso público da razão*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Coleção Grandes Mestres do Pensamento. São Paulo: Editora Formar, [1900], v.2.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____.MARINONI, L.G.; MITIDIERO. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 05 mai 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As partes no processo administrativo: os papéis da Administração Pública na lei federal de processos administrativos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p.117, out./dez. 2011.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982

SILVA, Júlio Cezar Bittencourt. *A Administração Pública brasileira democratizada: a participação do administrado no processo de formação do ato administrativo*. 2012.151f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico aos pós-positivismo*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____.*Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.

TOLEDO, Cláudia (org.) *Direitos Sociais em Debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

TORRES NETO, José Lourenço. *Princípios norteadores da Lei 9.099/95-Juizados Especiais*. Disponível em:
<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10449&revista_caderno=21>. Acesso em: 10 fev. 2015.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.