

**A SUPERAÇÃO DA LEGALIDADE ESTRITA E O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE
NO PROCESSO ADMINISTRATIVO**
*THE OVERCAME OF STRICT LEGALITY AND PRINCIPLE OF JURIDICITY IN THE
ADMINISTRATIVE PROCESS*

Resumo

Com o presente trabalho pretende-se analisar de que modo o princípio da juridicidade contribui para que o processo administrativo previdenciário se converta em instrumento de tutela de direitos fundamentais. Reflete-se sobre o princípio da legalidade, desde a sua origem até a sua mais recente aceção, bem como a sua implicação nas decisões proferidas em sede de processo administrativo, no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social. Busca-se estudar de que forma a legalidade estrita contribui para a perpetuação das desigualdades sociais e de que forma as autoridades administrativas poderiam evitar o excessivo número de demandas judiciais caso empregassem a juridicidade. Destaca-se que lei e justiça não são expressões sinônimas e intercambiáveis, bem como que atitudes interpretativas diferentes são reclamadas pela juridicidade. Objetiva-se incentivar o emprego da juridicidade como princípio vetor da análise administrativa de benefícios previdenciários e assistenciais, a fim de fazer do processo administrativo instrumento de tutela de direitos fundamentais, capaz de atuar sobre a realidade e de a modificar segundo a Constituição Federal. Conclui-se que o modelo de legalidade seguido pelo Instituto Nacional do Seguro Social é incompatível com os princípios da ordem constitucional de 1988 cujas exigências de justiça são mais profundas, e que a mudança de perspectiva faria com que a demanda do Poder Judiciário diminuísse em assuntos dessa natureza. O método empregado para a pesquisa é o dialético.

Palavras-chave: legalidade estrita - princípio da juridicidade - princípio da legalidade — redução das desigualdades sociais.

Abstract

With this research, we intend to analyze how the principle of juridicity contributes to the social security administrative process to become an instrument of protection of fundamental rights. It reflects about the principle of legality, since his origin until his most recent acceptance, as well as its involvement in decisions rendered in administrative proceedings, within the scope of Instituto Nacional do Seguro Social. The objective is to study how the strict legality contributes to the perpetuation of social inequalities and how the administrative authorities could avoid the excessive number of judicial process if they used the juridicity. The law and justice are not synonymous expressions and interchangeable, as well as what diferent interpretive atitudes are requires by juridicity. The objective is to motivate the use of juridicity as

a principle vector of administrative analysis of social security and assistance benefits, to do of administrative process instrument for the protection of fundamental rights, able to act about the reality and to modify according to the Federal Constitution. It concludes that the model of legality followed by Instituto Nacional do Seguro Social is incompatible with the principles of constitutional order of 1988 whose exigences of justice are deeper, and the change of perspective would do with the demand of Judiciary Power decrease in themes of this nature. The method used to this research is dialectic.

Key-words: strict legality – juridicity principle – legality principle – decrease of social inequality.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo procura analisar o processo de decisões proferidas pela Administração Pública. Nesse aspecto, visualiza-se o excessivo apego ao princípio da legalidade estrita no âmbito administrativo, o que tem se tornado mais evidente nos processos em que o ente prolator da decisão é o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Daí por que se torna necessário analisar como a autarquia trabalha com o princípio da legalidade e de que forma tal conduta afeta os administrados e a sociedade, de uma forma geral.

Desde a sua origem, o princípio da legalidade sempre foi o limite de atuação do Estado frente aos particulares, na medida em que ao particular só é possível praticar atos que a lei não proíba e ao Estado somente é possível praticar atos mediante a autorização da lei.

Contudo, com o passar do tempo e principalmente com a constitucionalização do Direito Administrativo, a legalidade deixou de ser o principal critério a ser levado em conta, inclusive pela Administração Pública.

A legalidade, portanto, que sempre foi a limitadora do agir estatal, deve ser hoje repensada para que sejam traçados limites para a sua aplicação. A legalidade estrita não mais se sustenta, cabendo ao intérprete considerar todo o ordenamento jurídico como seu limitador, sobretudo os princípios, direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, ao Estado cabe, em sentido lato, exigir o respeito aos direitos fundamentais, ainda que, para tanto, venha eventualmente infringir dispositivo literal de lei ou relativizar a sua interpretação estrita.

Fala-se, então, no princípio da juridicidade, princípio este que tem ganhado relevância no Direito Administrativo e em outros ramos também, como no Direito Processual Civil.

Entretanto, a presente pesquisa procura alertar sobre a relativização do

princípio da legalidade, que, embora necessária, pode aparentar o nascimento de alguns possíveis problemas, dentre os quais a discricionariedade do administrador público.

Trata-se de mera aparência, pois é notória a insustentabilidade do princípio da legalidade em sentido estrito, o que leva o intérprete a ter o Direito de uma forma mais ampla como parâmetro, o que não amplia demasiadamente sua interpretação, nem torna discricionárias suas decisões, pois deve agir dentro dos limites dos direitos e garantias fundamentais.

O limite entre a discricionariedade e a interpretação em consonância com os princípios e direitos fundamentais é tênue e deve ser observado pelo administrador. Nesse sentido, não há um juízo de conveniência e oportunidade do administrador ao aplicar ou não uma lei em sentido estrito, há um juízo interpretativo de ressaltar determinadas hipóteses e circunstâncias em prol de um direito fundamental ou da proteção da dignidade da pessoa humana. Nesses casos, não há uma opção, há um dever por parte do administrador público.

No âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social e na contramão da evolução do próprio Direito Administrativo, a utilização da legalidade estrita tem-se mostrado a regra, enquanto a abordagem mais ampla e consonante ao direito contemporâneo mostra-se rara e excepcional. Assim, vislumbram-se inúmeros casos em que o direito fundamental do segurado ou dependente sofre grave violação sob a justificativa de que a lei não o ampara. Sem contar as decisões que não se mostram fundamentadas, ao ponto de o requerente não saber exatamente por qual razão não foi constatada sua incapacidade ou porque não pode ser considerado deficiente. A ausência de fundamentação lesa o direito à ampla defesa, uma vez que não se fornecem as razões para que o particular possa se defender e lutar pelo direito que pleiteia.

Em alguns casos, somente a judicialização tornou viável a aquisição de um direito, bem como garantiu ao segurado ou dependente a fundamentação de sua decisão, pois, apenas nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário e, às vezes, nem mesmo nessas, o requerente consegue saber as razões que motivaram o indeferimento de seu benefício.

Por fim, aponta-se, com a esperança de que, futuramente, ante a impossibilidade de alcance amplo das leis sobre todas as situações fáticas possíveis, o INSS passe a atuar de forma mais ampla, dentro, não apenas dos limites legais, mas dos limites constitucionais, visando sempre e primordialmente à tutela dos direitos fundamentais.

A metodologia utilizada será a dialética, com a contraposição entre as ideias de utilização da legalidade estrita no âmbito administrativo com a juridicidade.

2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: EVOLUÇÃO DO CONCEITO

O princípio da legalidade sempre foi muito enaltecido no direito brasileiro, estando presente em diferentes cartas constitucionais. Na atual Constituição Federal, o princípio está descrito em diversas passagens: no artigo 5º, inciso II, no Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, Capítulo I: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e no artigo 37, *caput*, dentro do Título III: “Da Organização do Estado”. Capítulo VII: Da Administração Pública. A legalidade assume diferentes vertentes quando direcionada ao particular e quando destinada à Administração Pública. Essa distinção sobre o alcance do princípio remonta à história e à sua origem.

O princípio da legalidade surgiu juntamente com o Estado de Direito, em que a intenção era retirar do Estado o poder absoluto e garantir aos particulares uma proteção contra as abusividades provocadas pelas monarquias absolutistas.

No Estado de Direito e no auge do Estado Liberal, o princípio da legalidade é compreendido como a total submissão do Estado à lei, surgindo como severa oposição aos abusos cometidos pelos governos autoritários¹.

Desta origem deriva a natureza estrita do princípio da legalidade², pois para combater o absolutismo e garantir ao particular a proteção aos seus direitos fundamentais, seria necessário que o Estado obedecesse fielmente aos comandos legais, sem margem para interpretações extensivas.

Assim, o Direito acaba sendo definido como sinônimo de lei, em razão da sua absoluta submissão a esta, com a exclusão das demais fontes interpretativas³.

Tal sentido surge como principal fonte de proteção aos direitos individuais, pois ao mesmo tempo em que a lei os conceitua, ela estabelece e define os limites de

¹ “O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 100.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 102.

³ Ao tratar do Estado de Direito, ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – ley, derechos y justicia**, 7ª ed Madrid: Trotta, 2007, p. 24.

atuação do poder estatal⁴.

Na época, a lei era o parâmetro para definição dos limites entre o poder do Estado e a liberdade dos particulares. Assim, ao Estado só seria possível interferir na liberdade individual se a lei assim o autorizasse e dentro dos seus limites. Verifica-se que o direito, nesta perspectiva, não era substancial, mas apenas uma forma, a forma da lei⁵.

No âmbito do Direito Administrativo, o princípio da legalidade tornou-se o vetor da atuação administrativa, possuindo dois desdobramentos, que seriam a supremacia da lei e a reserva de lei.

Por supremacia da lei, compreende-se a superioridade da lei sobre todas as outras espécies normativas e por reserva de lei entende-se que algumas matérias devem ser regidas necessariamente por ela⁶.

A reserva de lei abrange os aspectos absoluto e relativo. Ocorre a reserva legal absoluta quando a lei esgota todos os aspectos da matéria e a reserva legal relativa quando a lei aborda alguns aspectos, mas deixa outros para os demais instrumentos normativos, sobretudo os aspectos regulamentares⁷.

Muito embora seja notável tal distinção e amplamente divulgada na doutrina administrativista, há que se ressaltar que no Direito todos os conceitos e acepções absolutas devem ser analisados com cautela, pois se torna impraticável restringir a atuação do Estado, seja na via administrativa ou jurisdicional, ao comando estrito da lei⁸.

Ao detalhar os conceitos de supremacia e reserva de lei, é importante ressaltar as distinções supracitadas, relacionando a supremacia legal à vinculação negativa e a

⁴ “Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração é a que decorre da lei.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24^a ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 64.

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos y justicia*, 7^a ed Madrid: Trotta,., 2007, p.48.

⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2^a ed: GRUPO GEN, 2013, pp. 69-70

⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2^a ed: GRUPO GEN, 2013, pp. 69-70

⁸ Nesse sentido: “todas as reservas são ‘relativas’ porque deixam aos órgãos concretizadores (administrativos ou jurisdicionais) uma margem maior ou menor de intervenção.”CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 728.

reserva de lei à vinculação positiva⁹.

A vinculação negativa seria a que estabelece na legalidade um limite para a atuação do administrador. O Estado só poderia atuar com maior liberdade caso esta lei não fosse elaborada, mas sempre em prol do interesse público.

Já a vinculação positiva impõe que o administrador e demais agentes públicos só possam agir através de autorização da lei¹⁰.

São distinções que passam a orientar o trabalho do administrador público e, de certa forma, ainda persistem, pois o processo administrativo, sobretudo os que tramitam perante o INSS, seguem ainda a legalidade do Estado Liberal, ignorando, na grande maioria das vezes, as transformações do princípio e do próprio Direito.

3. A LEGALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

A utilização da legalidade de forma estrita no âmbito administrativo, que sempre foi um dogma¹¹, por vezes, torna o administrador público como um mero executor de leis.

Nesse sentido, o princípio da legalidade pode ser estudado sob 4 diferentes acepções, segundo Odete Medauar, que seriam as seguintes: a primeira seria compreender que a Administração somente pode praticar atos que não sejam contrários à lei; em uma segunda acepção, verificar que a Administração só pode praticar atos autorizados pela lei; a terceira seria incorporar a acepção de que a Administração só pode praticar atos conformes a um conjunto determinado por norma legislativa; por fim, salientar que a Administração só pode praticar atos ordenados pela lei¹².

Entretanto, esta conduta do administrador que, no Estado Liberal, estava diretamente relacionada com o momento político e com o combate às arbitrariedades acabou, com o tempo, tornando-se uma maneira defasada e até mesmo preocupante de aplicação do Direito.

O Direito não mais pode ser confundido com a lei, devendo se submeter também

⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª ed: GRUPO GEN, 2013, p. 72.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª ed: GRUPO GEN, 2013, p. 72.

¹¹ Nesse sentido, a legalidade estrita poderia impedir uma atuação eficiente da Administração Pública, servindo como um escudo para lesões a direitos fundamentais. SOUZA VICTOR, **Proteção e promoção da confiança** no Direito Previdenciário: Alteridade, Curitiba, 2018, p. 171.

¹² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2008p. 123.

às demais fontes, pois é, antes de tudo, interpretativo¹³.

Além disso, as leis decorrem de uma série de fatores, dentre os quais, as decisões políticas que autorizam ou exigem uma determinada imposição. Da mesma forma, a interpretação do Direito deve levar em conta tais fatores¹⁴.

Desta forma, compreender a Administração Pública como mera executora das leis não mais se mostrou satisfatório, sobretudo em razão da velocidade da informação em uma sociedade plural, que não mais se satisfaz com respostas simplistas, advindas da mera execução da lei. Nesse contexto, impôs-se uma relativização do princípio da legalidade, na acepção do Estado Liberal¹⁵.

Pode-se tomar como exemplo a atuação da Administração Pública na administração de prestações e na sua atuação consensual¹⁶. A sua legitimação, nesse sentido, adviria do consenso dos cidadãos e da ausência de restrições aos direitos fundamentais¹⁷.

Nessa abordagem, a atuação da Administração Pública deve pautar-se em outros critérios, mas sempre amoldada ao ordenamento jurídico, sobretudo ao princípio da legalidade.

Com a assunção da Constituição como protagonista do ordenamento jurídico, juntamente com o fenômeno da constitucionalização dos direitos, o que deve orientar o administrador público e o intérprete do Direito, de uma forma geral, não é mais a lei em sentido estrito, mas os princípios constitucionais¹⁸.

Observa-se que a crise da legalidade convive com uma crise da abstração e da generalidade e sofre, igualmente, uma contratualização dos seus conteúdos. Não se pode negar que o processo de elaboração e conclusão de uma lei é um processo político, marcado por distintos sujeitos. É inegável que esta diversidade acaba sendo

¹³ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013. *et passim*.

Nesse sentido, também Ronald Dworkin, ao afirmar que as “concepções de direito aprimoram a interpretação inicial e consensual que, como sugeri há pouco, proporciona nosso conceito de direito.”
DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 117.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 116: “Nessa perspectiva, o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores ao tipo adequado.”

¹⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª ed: GRUPO GEN, 2013,p. 77

¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª ed: GRUPO GEN, 2013,p. 74.

¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª ed: GRUPO GEN, 2013,p. 74.

¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª ed: GRUPO GEN, 2013,p. 75.

transportada para o seu resultado, o que faz com que a lei se torne, muitas vezes, mais um fator de desordem do que de organização¹⁹.

Nesse contexto, entra em cena a preocupação e o cuidado que se deve tomar para que um argumento político não prepondere sobre o Direito²⁰. No âmbito previdenciário, quando a autarquia federal nega um pedido motivada sobretudo por uma decisão política, como a de redução de despesas²¹, atua em detrimento ao Direito, pois não deve ser esse o fator preponderante na tomada de decisões.

A motivação das decisões não pode ser um agir pautado por critérios ultrapassados sob a convicção política de que o segurado, na grande maioria das vezes, não recorre e com o indeferimento em massa de benefícios há menos despesa para o INSS.

Ao assim fazê-lo, a Administração Pública acaba apenas retardando todo o procedimento, além de violar direitos e garantias fundamentais, os quais só serão defendidos se o segurado recorrer à via judicial, o que, inevitavelmente, gerará ainda mais despesa para os cofres públicos, com custas processuais e honorários advocatícios.

Portanto, o critério político e, neste caso, o financeiro, não pode jamais ser o critério preponderante para a tomada de decisões administrativas. Não se nega a importância de se preservar o equilíbrio financeiro, entretanto este não pode ser preservado em detrimento dos direitos fundamentais de quem realiza um requerimento na esfera administrativa.

4 COMO A LEGALIDADE ESTRITA CONTRIBUI PARA A PERPETUAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos y justicia*, 7ª ed Madrid: Trotta,., 2007, p.37.

²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*: Coimbra Editora, 2006, pp. 19-20.

²¹ Inclusive esse foi um dos argumentos para a Reforma da Previdência, argumento este bastante questionado: “Questionado por especialistas que comprovam a ausência de déficit se consideradas as premissas constitucionais do orçamento da seguridade social, a retirada de recursos da previdência pela Desvinculação de Recursos da União (DRU) e a ampla sonegação e isenção de impostos e contribuições concedidas às empresas. Soluções na direção desses três aspectos poderiam melhorar o ‘caixa’ da previdência sem necessidade de alterações profundas. O governo apresentou um impacto líquido de cerca de R\$ 1 trilhão em receitas com a reforma, mas não apresentou a base de cálculo que gerou esse valor, o que suscita desconfiança sobre o ganho real para as contas públicas. Da mesma forma, não há nenhuma garantia de que a receita obtida com a reforma seja aplicada em benefício da população, em investimentos em saúde, educação, segurança e infraestrutura, como alega a exposição de motivos da proposta. Com o teto de gastos aprovado no governo Temer e já em aplicação (EC-95), os limites para as despesas já estão dados, o que torna a argumentação vazia e insustentável. Nesse sentido, como afirma o economista Ricardo Moreira, a reforma seria mesmo um ajuste fiscal.” Disponível em: <https://www.scielo.org/article/sdeb/2019.v43n120/5-14/> Acesso em 03/04/2021, às 20h54min.

Não obstante a notável crise da legalidade tal como pensada no Estado Liberal, no âmbito das decisões proferidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, tem-se observado, sem qualquer evolução, a adoção de uma interpretação estrita da lei.

A análise de benefício previdenciário pelo Estado está condicionada ao prévio requerimento administrativo, o que, segundo o C. Supremo Tribunal Federal, não fere a garantia de livre acesso ao judiciário²².

Assim, aquele que necessita de um benefício, deve primeiramente fazer seu pedido junto ao Instituto Nacional do Seguro Social. Somente com a análise deste pedido na esfera administrativa, poderá, caso não concorde com a decisão, socorrer-se da via judicial, pois nesta hipótese estaria caracterizado o interesse de agir²³.

Entretanto, com a devida vênia ao entendimento da Suprema Corte, aguardar pela análise administrativa dos benefícios tem se tornado quase um suplício para os segurados e dependentes que, além de aguardarem demasiado tempo por uma resposta, acabam se surpreendendo com decisões extremamente sintéticas, não fundamentadas e estritamente legalistas.

Um exemplo dessa situação é o Benefício de Prestação Continuada (BPC), instituído pela Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Trata-se de benefício assistencial, cujos requisitos para a sua concessão, segundo a redação originária, eram: 1) ser portador de deficiência ou ter idade igual ou superior a 70 (setenta) anos; 2) não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. Nos termos do parágrafo terceiro do artigo 20: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.”

Com o passar do tempo, tais critérios se mostraram insuficientes para atender ao propósito do referido benefício assistencial, sobretudo o critério da hipossuficiência econômica.

²² Recurso Extraordinário nº 631.240, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014 RTJ VOL-00234-01 PP-00220.

²³ Anote-se que, excepcionalmente, será possível a dispensa do requerimento administrativo prévio, em se tratando das seguintes situações: “quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado”, “na hipótese de revisão, restabelecimento, ou manutenção do benefício anteriormente concedido....salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração.” Recurso Extraordinário nº 631.240, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014 RTJ VOL-00234-01 PP-00220.

O Benefício de prestação continuada deve ser destinado àquele que não possui meios de prover seu sustento e de tê-lo provido por sua família. Nesse cenário, alguém que perceba um quarto do salário-mínimo nacional, atualmente no montante de R\$1.100,00 (mil e cem reais), o que remonta à quantia de R\$275,00 (duzentos e setenta e cinco reais), além de idoso ou portador de deficiência, poderia receber o benefício.

Contudo, é fato notório que as decisões administrativas se pautam desse critério econômico com um rigor absoluto, denegando benefícios àqueles que percebem uma renda *per capita* de R\$280,00 (duzentos e oitenta reais), a título de exemplo.

Será que uma pessoa que perceba R\$5,00 (cinco reais) a mais por mês realmente adquire o *status* de provedor de seu próprio sustento? Trata-se de um exemplo claro em que a estrita legalidade reforça a necessidade, não apenas de uma alteração legal, mas de uma análise administrativa pautada nos demais princípios constitucionais, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de exemplo claro de que a aplicação estrita da lei contribui para a perpetuação da desigualdade social e lesiona o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não obstante os esforços das leis, que alteraram a idade do beneficiário para 65 (sessenta e cinco) anos (Lei nº12.435/2011) e mais recentemente instituiu uma data para cessação do critério de hipossuficiência em $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo para até 31 de dezembro de 2020 (Lei nº 13.982/2020)²⁴, a insuficiência do critério legal e unanimemente adotado pela autarquia federal já é há algum tempo questionada e referendada pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional o parágrafo terceiro do artigo 20 da Lei Orgânica de Assistência Social (Lei nº 8.742/1993), por constituir “critério defasado para caracterizar a situação de miserabilidade²⁵”.

Desta forma, considerando que, desde o ano de 2013, a insuficiência do critério legal já foi sedimentada pela jurisprudência, por que razão persiste o INSS em insistir em fundamentar suas decisões, quando as fundamenta, no critério inconstitucional da Lei nº 8.742/93, de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo como renda *per capita* para a concessão do benefício?

Se, ao exigir-se o prévio requerimento administrativo, em matéria previdenciária

²⁴ Contudo, a referida lei peca ao instituir o aumento da renda *per capita*, tão somente para o período de estado de calamidade e emergência pública, devido à pandemia da Covid-19, pois, é evidente que a metade de um salário mínimo, ou seja, R\$550,00 (quinhentos e cinquenta reais) não supre as necessidades vitais básicas de uma família ou de uma pessoa.

²⁵ (Rcl 4374, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013)

e assistencial, o objetivo seria reduzir o número de demandas judiciais, qual a razão de se adotar um critério que será certamente superado por uma decisão judicial?

Neste recurso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o critério econômico de renda *per capita* inferior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo não é critério absoluto e nem pode ser o único a determinar quem tem direito ao benefício assistencial²⁶.

A alteração da lei só mostra que, no âmbito das decisões proferidas pela autarquia previdenciária, anda-se na contramão da constitucionalização do Direito Administrativo, pois há uma predominância do critério legal em detrimento dos demais princípios que regem o ordenamento jurídico, dentre estes, o da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a estrita legalidade acentua outra característica de sua adoção, qual seja, a ocultação de argumentos políticos para justificar uma decisão, que é o que tem sido verificado na prática, nas decisões proferidas pelo INSS.

5. O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE COMO ALTERNATIVA

Com a crise da legalidade estrita, exige-se uma compatibilização das normas com todo o ordenamento jurídico, com o bloco de legalidade. Nesse contexto, apresenta-se o princípio da juridicidade, segundo o qual as normas devem ser interpretadas de forma ampla, não apenas com a obediência cega à lei, mas em conformidade com todo o ordenamento jurídico, principalmente com a Constituição²⁷.

No Direito Português, a título de exemplo, a juridicidade é denominada de bloco de legalidade, a qual também engloba as demais normas do ordenamento jurídico, para diferenciá-la da legalidade em sentido estrito²⁸.

Dentro dessa proteção mais ampla, não é mais possível que a Administração, ao fazer a análise de um pedido, deixe de lado os direitos e garantias fundamentais,

²⁶ “ (...)A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.” (STJ - REsp: 1112557 MG 2009/0040999-9, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 28/10/2009, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: --> DJe 20/11/2009)

²⁷ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Artigo: **Neoconstitucionalismo E Legalidade Administrativa: A Juridicidade Administrativa E Sua Relação Com Os Direitos Fundamentais**. R. Direito Processual Geral, Rio de Janeiro (63), 2008, p. 196.

²⁸ SOUZA VICTOR, **Proteção e promoção da confiança no Direito Previdenciário: Alteridade**, Curitiba, 2018, p. 173.

bem como os demais princípios constitucionais que dão coerência a todo o sistema jurídico.

Assim, voltando-se ao exemplo anteriormente citado, se para conceder um benefício assistencial, for preciso relevar o critério econômico e relativizá-lo em nome do combate à desigualdade social e para conferir dignidade àquele que faz o requerimento, a Administração Pública tem o dever de relevá-lo.

Conforme ensina Zagrebelski, a Constituição atual separa a lei dos direitos e exige uma concepção jurídica harmônica entre os dois, na qual nenhum supera o outro, mas convivem harmonicamente²⁹.

O apego à legalidade remete ao Estado Legal de Direito, fortemente influenciado pelo positivismo³⁰, deixando de lado o avanço normativo do Estado Social e Democrático de Direito, nos quais o apego à legalidade para resolução de conflitos e casos concretos não mais se sustenta. Ocorre também nesse campo uma transformação, devendo o intérprete analisar todo o direito, e não somente a lei propriamente dita³¹.

Nesse contexto, a juridicidade sustenta-se sobre dois pilares: o da supremacia e máxima efetividade da Constituição e assim, cabe ao intérprete inclusive deixar de aplicar a lei, caso esta seja incompatível com a Magna Carta³².

Aplicar o direito segundo a juridicidade importa em superar a ideia de que o gestor público deve obediência cega à lei, para compreender que ele deve obediência ao direito como um todo, incluindo os princípios e sempre protegendo os direitos e garantias fundamentais³³.

Assim, ele tem a obrigação de agir na defesa dos valores defendidos pela

²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – ley, derechos y justicia**, 7ª ed Madrid: Trotta,., 2007, p. 51.

³⁰ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Artigo: **Neonconstitucionalismo E Legalidade Administrativa: A Juridicidade Administrativa E Sua Relação Com Os Direitos Fundamentais**. R. Direito Processual Geral, Rio de Janeiro (63), 2008, p. 191.

³¹ FILHO, Daniel Santana, BORSIO, Marcelo, GUEDES, Jefferson. **O princípio da juridicidade e os direitos fundamentais sociais: um breve olhar doutrinário, jurisprudencial e do direito alienígena**. Revista Direito Mackenzie, 2019, v.13., p. 4.

³² FILHO, Daniel Santana, BORSIO, Marcelo, GUEDES, Jefferson. **O princípio da juridicidade e os direitos fundamentais sociais: um breve olhar doutrinário, jurisprudencial e do direito alienígena**. Revista Direito Mackenzie, 2019, v.13., p. 4.

³³ “A juridicidade como princípio deve ser compreendida como uma ideia de respeito e preocupação para com todo o sistema jurídico do país, o qual é baseado em normas, princípios e valores, axiológica e teleologicamente hierarquizados, considerando-se permanentemente a observância absoluta aos direitos humanos, mormente os sociais.” FILHO, Daniel Santana, BORSIO, Marcelo, GUEDES, Jefferson. **O princípio da juridicidade e os direitos fundamentais sociais: um breve olhar doutrinário, jurisprudencial e do direito alienígena**. Revista Direito Mackenzie, 2019, v.13., p.14.

Constituição³⁴.

Além do princípio da juridicidade que deve orientar o administrador, não sendo diferente no âmbito da análise administrativa dos benefícios requeridos ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Nesses casos, ainda ocorre um certo entendimento retrógrado quanto à interpretação com base no princípio da legalidade, o que causa, muitas vezes, sérios prejuízos aos segurados.

Da mesma forma, as decisões em geral, sobretudo as que indeferem um benefício dificilmente são fundamentadas, apresentando termos de difícil compreensão ao segurado.

Além da violação ao direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais e administrativas, a autarquia, quando deixa de conceder um benefício em razão de uma análise estritamente legal ou quando deixa de fundamentar a sua decisão, viola também o princípio da proibição da proteção insuficiente³⁵.

Assim, a Constituição impõe uma obrigação de fazer ao operador do Direito, tanto na tutela dos direitos fundamentais quanto na promoção desses direitos³⁶.

Aplicando-se tal situação ao Direito Previdenciário, observa-se que o administrador precisa também levar em conta tais princípios, sobretudo porque deve tutelar os direitos fundamentais do segurado, fornecendo-lhe as razões que motivaram o indeferimento do seu pedido, bem como indeferindo quando não puder, por violação a direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal, conceder tal pedido.

Agora se a concessão do benefício e o deferimento do pedido importar na garantia de direitos fundamentais em detrimento de critério estritamente legal, caberá ao administrador, mesmo que inexistente uma análise pelo Poder Judiciário, afastar aspectos da lei que esteja em desconformidade com a Constituição Federal.

Quanto ao benefício assistencial de prestação continuada, como visto, quando

³⁴ “Por isso, o administrador não só tem o poder, mas o dever de agir, ainda que não exista lei prévia a regular sua conduta, de modo a promover os objetivos fundamentais da República ou outro valor constitucional, ou tornar real uma disposição constitucional.” RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Artigo: **Neoconstitucionalismo E Legalidade Administrativa: A Juridicidade Administrativa E Sua Relação Com Os Direitos Fundamentais**. R. Direito Processual Geral, Rio de Janeiro (63), 2008, p. 196.

³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do Estado de Direito**: Edições Almedina, Coimbra, 2019, p. 181.

³⁶ “Desde logo, praticamente todas as potencialidades de controlo de constitucionalidade que a proibição de insuficiência desenvolve nos deveres estatais de proteção podem também ser replicadas no domínio do dever de promoção dos direitos fundamentais, ou seja, nas situações em que o Estado está constitucionalmente obrigado a promover ou ajudar os particulares a acederem aos bens justamentalmente protegidos sempre que, pelos seus próprios meios, eles não disponham de condições para o fazer.” NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do Estado de Direito**: Edições Almedina, Coimbra, 2019, p. 181.

se relativiza o critério econômico, não há um desrespeito à lei, mas a busca pela proteção suficiente dos direitos fundamentais.

Destaque-se que a possibilidade de conflito entre legalidade e segurança jurídica, segundo a doutrina, ainda gera uma certa perplexidade, pois só se poderia admitir uma decisão como segura se obediente à legalidade. Contudo, não é mais o que ocorre, pois não se pode mais falar em segurança jurídica correlacionada à legalidade tão-somente³⁷.

Nesse contexto, a decisão legalista em sentido estrito é uma decisão que pode, ao contrário, trazer insegurança jurídica. Imagine-se o caso em que critérios rígidos são colocados em xeque quando em conflito com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, a relativização é para garantir direito fundamental, está em conformidade com o princípio da juridicidade. Por segurança jurídica tem-se a decisão que permite que também o funcionário da Administração Pública, enquanto na função atípica de “julgar” um requerimento administrativo, possa atender a um direito fundamental, sem responder funcionalmente por isso.

Assim, atender à juridicidade, em termos práticos, é permitir que recursos e ações judiciais se prolonguem desnecessariamente, demandando tempo e despesas para os cofres públicos³⁸.

Observa-se, ainda, curiosamente, que a autarquia federal não tem se mostrado estritamente legalista quando se trata de conceder ao segurado o melhor benefício, nos termos do que dispõe o artigo 687 da Instrução Normativa nº 77/2015: “Art. 687. O INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido.”

Se adotado o mesmo raciocínio do que tem ocorrido na interpretação do INSS para indeferir benefícios, o segurado deveria receber, sem mesmo requerer, o melhor benefício a que faz jus. Contudo, observa-se que na imensa maioria das vezes, a concessão do melhor benefício acaba sendo uma batalha judicial.

Da mesma forma, ao partir o segurado para uma demanda judicial, gasta-se mais tempo e custo para a Administração Pública, sendo contraditória a postura da autarquia, pois ora interpreta de forma estritamente legal, ora sobrepõe argumentos políticos sobre o Direito, para ao final, adotar uma postura extremamente contraditória

³⁷ SOUZA VICTOR, **Proteção e promoção da confiança** no Direito Previdenciário: Alteridade, Curitiba, 2018, pp. 168-169.

³⁸ É o caso, por exemplo, dos requerimentos envolvendo Benefício assistencial de Prestação Continuada ou mesmo nos casos em que é possível conceder outro benefício, diverso do requerido.

perante o segurado e a sociedade em geral.

Por estas razões, busca-se com este estudo uma análise crítica sobre essa postura da autarquia, com a esperança de que, futuramente, tenham-se mais decisões fundamentadas na tutela dos direitos e garantias fundamentais e menos decisões políticas justificadas por uma legalidade, muitas vezes aparente.

6. CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou no princípio da juridicidade uma resposta aos problemas enfrentados pelos segurados e beneficiários que se socorrem do Instituto Nacional do Seguro Social, buscando um benefício a que fazem *jus*.

Conforme já salientado, a autarquia busca uma análise estritamente legalista dos requerimentos administrativos, sem levar em conta os demais direitos em jogo.

A abordagem do princípio da legalidade hodiernamente pede outra direção, devendo a interpretação do Direito estar amparada por todo o ordenamento jurídico, jamais deixando de lado a ampla gama de direitos e garantias fundamentais.

Se no âmbito jurídico, a juridicidade deve ser o princípio que rege a interpretação, no processo administrativo não seria diferente. A curto ou longo prazo, a análise apoiada pela juridicidade implica a concessão de benefícios sob o fundamento de tutela a direito fundamental, a longo prazo, essa análise implica menos custo aos cofres públicos, na medida em que se evitam demandas judiciais desnecessárias.

Dessa forma, se é possível solucionar um requerimento administrativo de forma consensual, dentro da esfera administrativa, não há razão para que a Administração Pública se apegue à estrita legalidade para conceder ou não um benefício. Tal questão, levada para o Poder Judiciário, será reanalisada e quase que, certamente, será relativizada em prol da tutela dos direitos fundamentais do segurado e dependente.

Conforme exposto, a juridicidade, longe de permitir decisões discricionárias por parte do Estado, permite que as decisões sejam tomadas em conformidade com todo o ordenamento jurídico e em consonância com a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, ignorar tal fato é andar na contramão de todo o Direito e sua interpretação, é permitir que sob o manto da legalidade, extraiam-se direitos fundamentais e se perpetuem desigualdades, como as verificadas nas hipóteses de indeferimento do benefício assistencial de prestação continuada, tão-somente pela renda *per capita*

familiar.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

FILHO, Daniel Santana, BORSIO, Marcelo, GUEDES, Jefferson. **O princípio da juridicidade e os direitos fundamentais sociais: um breve olhar doutrinário, jurisprudencial e do direito alienígena**. Revista Direito Mackenzie, 2019, v.13.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª ed: GRUPO GEN, 2013.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Artigo: **Neoconstitucionalismo E Legalidade Administrativa: A Juridicidade Administrativa E Sua Relação Com Os Direitos Fundamentais**. R. Direito Processual Geral, Rio de Janeiro (63), 2008.

SOUZA VICTOR, **Proteção e promoção da confiança** no Direito Previdenciário: Alteridade, Curitiba, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – ley, derechos y justicia**, 7ª ed Madrid: Trotta, 2007.