

PREFÁCIO

Recebi a obra do Mestre e Professor Washington Luís Batista Barbosa com interesse. Tendo exercido a presidência de unidade julgadora do Conselho de Recursos da Previdência Social por alguns anos, tive a vívida noção da importância das instâncias administrativas na resolução de lides previdenciárias.

Infelizmente, a realidade normativa e mesmo econômica tem deixado esse universo decisório abandonado, ignorado pelo Poder Judiciário, pela sociedade e mesmo pela Administração Pública. Não raramente os colegiados de jurisdição administrativa são vistos mais como um estorvo do que propriamente um local para a resolução de conflitos. É bom saber que alguns audaciosos pesquisadores buscam, com argumentos sólidos e dialética bem construída, apontar a inexorável necessidade de fortalecimento do processo administrativo, capaz de consolidar a justiça efetiva a um custo bem inferior às demandas judiciais tradicionais.

As limitações do juiz generalista, aliadas às carências do Poder Judiciário como um todo, incluindo orçamentárias, não deixam dúvidas sobre a necessária adesão a soluções alternativas. No contexto previdenciário, o Conselho de Recursos deve assumir seu necessário protagonismo. O Brasil possui uma litigiosidade previdenciária sem precedentes, impondo à sociedade dispêndio excessivo na resolução de lides que poderiam, de forma mais eficiente e efetiva, encontrar solução nos quadros do Poder Executivo. Com estrutura própria e condizente, aliada a equipes capazes e bem treinadas, o objetivo constitucional do devido processo legal será atingido.

Não é desejo da Constituição de 1988 a litigiosidade, mas sim a justiça. De nada adianta organizações elaboradas de recursos e demandas administrativas e judiciais se, ao final, após anos de espera, o direito devido não é deferido. O descontentamento pela negativa de uma prestação é algo natural, mas a solução não perpassa pela eternização das lides. Julgadores administrativos capacitados, especializados na matéria e, também, dotados de amparo normativo e estrutural para a tomada de decisões, serão seguramente mais eficazes que o Poder Judiciário. Afinal, uma das características do processo administrativo previdenciário é a necessária busca da verdade material, com flexibilização dos parâmetros processuais clássicos, haja vista a inexistência de uma posição ontologicamente antagônica entre beneficiários e entidade previdenciária.

O Brasil não comporta os gastos excessivos e a intempestividade das decisões judiciais no direito previdenciário. A necessidade de fazer mais com menos nos impõe a revisão do modelo, com a solução óbvia recaindo sobre as instâncias administrativas. Nesse sentido, é de extrema felicidade a presente obra, a qual, com qualidade e profundidade, apresenta os elementos clássicos da Separação de Poderes para concluir sobre a constitucionalidade dos mecanismos alternativos de solução dos conflitos previdenciários.

Professor Doutor Fábio Zambitte Inbrahim

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2011). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – SP (2007). Advogado, Professor Titular de Direito Previdenciário e Tributário do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor Adjunto de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Foi auditor-fiscal da Secretaria de Receita Federal do Brasil e presidente da 10ª Junta de Recursos do Ministério da Previdência Social.

INTRODUÇÃO

Os conflitos em matéria previdenciária configuram-se como um dos principais temas em trâmite nos órgãos da Justiça Federal. Mais do que isso, existe uma complexa estrutura de órgãos e entidades no Executivo Federal para tratar, instruir e decidir sobre esse tema em matéria administrativa.

Os dados do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho da Justiça Federal deixam claro que o INSS é o maior demandado dentre as partes dos processos que tramitam na Justiça Federal.

A Advocacia Geral da União, dentre as suas quatro carreiras — Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores do Banco Central do Brasil e Procuradores da Fazenda — tem sua maior estrutura dedicada ao tratamento de demandas judiciais previdenciárias, tanto no que diz respeito ao número de membros, quanto à quantidade de servidores de apoio administrativo, quanto ao número de processos em trâmite.

Essas informações atestam o direcionamento das estruturas do Estado para lidar com a judicialização dos conflitos previdenciários, fazendo do Poder Judiciário o grande foro para se buscar a solução das controvérsias sobre as questões previdenciárias. A medida vai de encontro à lógica da pacificação de conflitos por meios alternativos, pelas vias administrativas, pelas organizações públicas e privadas.

De outro lado, o Tribunal Administrativo Previdenciário encontra-se relegado a um segundo plano, em nítida posição de inferioridade em relação ao Judiciário. O Conselho de Recursos do Seguro Social — CRSS⁽¹⁾ é um órgão colegiado, integrante da estrutura do Ministério do Desenvolvimento Social, que funciona como um tribunal administrativo e tem por função básica

(1) A Medida Provisória n. 870, de 1º de janeiro de 2019, estabeleceu a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, onde, no art. 32, XXXI, referiu-se ao Conselho de Recursos da Previdência Social como integrante da estrutura do Ministério da Economia. Para fins do presente estudo e considerando que todos os demais atos normativos, informações disponíveis no sítio institucional do Conselho na internet denominam Conselho de Recursos do Seguro Social e sua vinculação ao Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, adotar-se-á esta nomenclatura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm>. Acesso em: 3.1.2019.

mediar os litígios entre segurados e o INSS, conforme dispuser a legislação, e a Previdência Social.⁽²⁾

Mas qual o motivo da priorização e, por que não dizer, do incentivo, para o tratamento dos conflitos previdenciários no âmbito do Judiciário? Haveria outros foros para se solucionar essas questões?

Atualmente, o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS possui mais de 50 milhões de segurados, 33 milhões de beneficiários⁽³⁾ e orçamento da ordem de R\$ 0,53 trilhão⁽⁴⁾, sendo que, algo em torno de 3,8 milhões de benefícios, no ano de 2017, foram concedidos por meio de decisões judiciais, que representou pagamentos no montante de R\$ 92 bilhões.⁽⁵⁾ Somente para gerenciar os processos que tramitam no Poder Judiciário, estima-se que, no exercício de 2016, foram despendidos mais de R\$ 4,7 bilhões para custear a estrutura dos órgãos diretamente envolvidos no Judiciário, na Advocacia Geral da União, na Defensoria Pública e no próprio INSS.⁽⁶⁾ Somem-se a isso, 382,4 mil processos julgados no Conselho de Recursos do Seguro Social, que consumiram R\$ 20,18 milhões da rubrica de custeio do Executivo.⁽⁷⁾

O tema tem grande relevância e atinge diretamente milhões de segurados que solicitam benefícios perante aos órgãos previdenciários nacionais e consome recursos orçamentários da ordem de cinco milhões de reais. Dar-lhes tratamento e solução rápida e definitiva, em que não mais parem dúvidas administrativas e/ou jurídicas a serem sanadas, configura-se mais do que um desejo, mais do que uma necessidade, mas sim, a verdadeira concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

É nesse contexto que se apresenta o tema: A utilização da esfera administrativa e extrajudicial na solução célere dos conflitos previdenciários no Brasil. Com objetivo de delimitar o escopo do presente trabalho e a fim de

(2) Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/orgaos-colegiados/conselho-de-recursos-da-previdencia-social-crps/>>. Acesso em: 12.7.2018.

(3) Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/orgaos-colegiados/conselho-de-recursos-da-previdencia-social-crps/>> <<https://www.inss.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/>>. Acesso em: 25.7.2018.

(4) Relatório de Levantamento de Auditoria, exarado no âmbito do Processo TC-017.878/2017-9, sob o TC n. 022.354/2017-4, *Fiscalis* 307/2017, p. 11. O processo é público e pode ser acessado por meio do Portal do TCU na rede mundial de computadores. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=22354&p2=2017&p3=4>>. Acesso em: 9.1.2019.

(5) Levantamento de Auditoria, cit., p. 17.

(6) Levantamento de Auditoria, cit., p. 29.

(7) Nesse montante foram considerados os valores referentes às diárias, passagens, gratificações, custos com a DATAPERV, estagiários e contribuições previdenciárias. Relatório de Atividades do Conselho de Recursos do Seguro Social — CRSS, resposta ao ofício de requisição, com base na Lei de Acesso à Informação.

proporcionar maior verticalização do estudo, excluir-se-ão as questões de natureza tributária e fiscal, centrando as análises nos processos de concessão, prorrogação e cessação de benefícios previdenciários.

Sempre que se defende a valorização da justiça administrativa surgem dúvidas sobre sua conveniência. Afinal, paira uma histórica incerteza sobre a imparcialidade da Administração para julgar conflitos nos quais seja parte. Isso, por seu turno, levou ao crescimento do Poder Judiciário, ao ponto de se atribuir um patamar diferenciado ao princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

O cerne da discussão encontra-se na análise do aparente conflito entre os princípios constitucionais da separação de poderes e da inafastabilidade de jurisdição para se implementar a duração razoável do processo nos âmbitos judicial e administrativo, aplicados à matéria previdenciária. Ainda, há de se discutir por que a resolução de conflitos deve se dar somente na esfera do Poder Judiciário.

O que o cidadão precisa é de uma decisão justa e célere, ou de uma decisão de um Poder específico? Por que uma decisão do Poder Judiciário seria melhor do que uma decisão de outro Poder, caso estejam submetidas a ritos e procedimentos similares?

Há de se discutir a gênese do princípio da Separação de Poderes, principalmente no que diz respeito às questões relacionadas à diferença entre o desenvolvimento das funções de cada um dos poderes e o *locus* em que as mesmas podem ser exercidas. Desde a sua gênese, o primado da separação dos Poderes teve como bandeira a diminuição da força do monarca e a proteção dos direitos do cidadão contra atitudes despóticas. Nesse diapasão, não se poderá fugir da análise sobre os aspectos processuais da composição da lide, da necessidade de amadurecimento do conflito antes de submetê-lo ao Poder Judiciário, e ainda, da análise de um sistema de justiça que priorize a prevenção e a solução de conflitos por meios extrajudiciais e administrativos, reduzindo a judicialização do cotidiano e possibilitando a implantação da jurisdição compartilhada, reconhecendo novas possibilidades para o processo administrativo.

Busca-se, então, como forma de pesquisa aplicada, analisar a realidade do CRSS a fim de verificar a possibilidade de ele assumir funções de um verdadeiro Tribunal Administrativo Previdenciário.

O que se pretende analisar no presente estudo é a possibilidade de se utilizar o Conselho de Recursos do Seguro Social como instrumento para pacificar as lides em matéria previdenciária, de forma célere e efetiva. Tal medida traria, ainda, como resultado, a redução da demanda judicial em matéria previdenciária, impactando diretamente os Órgãos da Justiça Federal e, em especial, a estrutura dos Juizados Especiais Federais, e por

que não dizer, a própria estrutura da Advocacia Geral da União, especialmente a Procuradoria Federal.

Para construir o marco teórico buscaram-se as lições de Montesquieu e Madison, para entender o modelo clássico de separação de Poderes e sua aplicação; a proposta de nova divisão de Poderes de Bruce Ackerman; a necessidade da releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição sugerido por Mancuso e Watanabe; os princípios e as características do processo civil de Dinamarca; a processualidade administrativa de Dallari e de Bockmann.

Considerando a opção de utilizar o CRSS como objeto de estudo e aplicação da tese aqui construída, fez-se necessário analisar os dados do Conselho Nacional de Justiça, relatório Justiça em Números; o Levantamento de Auditoria do Tribunal de Contas da União sobre a Judicialização dos Conflitos Previdenciários; os Relatórios de Gestão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e do Conselho de Recursos do Seguro Social.

Estabelecidas as premissas da pesquisa, inicialmente analisar-se-á a separação de Poderes, passando pelos modelos propostos por Montesquieu e por Madison, até se chegar à nova divisão de Poderes proposta por Ackerman, sob a ótica de se estabelecerem as condições necessárias a promover o equilíbrio entre os Poderes do Estado e a jurisdição compartilhada no direito brasileiro.

Em um segundo momento buscar-se-á identificar a processualidade administrativa e conhecer o Conselho de Recursos do Seguro Social, proporcionando percepção crítica sobre as características, os conflitos e a sobreposição de instâncias para a solução dos conflitos previdenciários.

Na terceira parte, de caráter reflexivo e propositivo, identificar-se-ão possíveis soluções para o recrudescimento da cultura judiciarista e para a utilização de medidas administrativas para prevenção e para a solução de conflitos previdenciários.

1. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Os temas relacionados à matéria previdenciária, de há muito representam grande parte das demandas tratadas pelo Poder Judiciário. Dados do Conselho Nacional de Justiça, Relatório Justiça em Números de 2017, apontam que “na Justiça Federal o nó central está nos assuntos de ‘Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez’ e ‘Benefícios em Espécie/Auxílio-Doença Previdenciário’, ambos recorrentes nos cinco TRFs”⁽⁸⁾. Do total de mais de 195 milhões de processos novos de todo o Judiciário, em 2016, 5,58%, ou seja quase 11 milhões de processos ajuizados, dizem respeito a matéria previdenciária. Analisando somente os processos novos ajuizados no âmbito da Justiça Federal, num total de, aproximadamente, 15,5 milhões, mais de 43%, quase 7 milhões de processos, dizem respeito ao tema Direito Previdenciário.⁽⁹⁾ Somente para se ter uma dimensão do que isso representa e como parâmetro de comparação, o segundo maior tema, dentre os casos novos ajuizados, é o Direito Tributário, com menos de 3,5 milhões de processos.

Além dos processos judicializados, que são tratados pelos órgãos do Poder Judiciário, especialmente da Justiça Federal, e pelos membros da Advocacia Geral da União, por meio da Procuradoria Federal Especializada, existem os processos administrativos, oriundos dos recursos interpostos contra as decisões do Instituto Nacional do Seguro Social que tramitam no Conselho de Recursos do Seguro Social – CRSS.

O CRSS é órgão de controle jurisdicional das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja competência é o julgamento dos conflitos em matéria previdenciária, de interesse dos beneficiários e das empresas⁽¹⁰⁾, onde

(8) Relatório Justiça em Números 2017 (ano-base 2016). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-/justica-em-numeros>>. Acesso em: 12.7.2018, p. 170.

(9) Relatório Justiça em Números 2017 (ano-base 2016). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-/justica-em-numeros>>. Acesso em: 12.7.2018.

(10) Art. 1º e parágrafo único do Regimento Interno do Conselho de Recursos do Seguro Social – CRSS. Portaria n. 116, de 20 de março de 2017, Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário.

foram recebidos, em 2017, mais de 600 mil processos⁽¹¹⁾. A jurisdição do CRSS é exercida em todo o território nacional e possui quatro Câmaras de Julgamento, situadas em Brasília, e vinte e nove Juntas de Recursos, espalhadas por todos os Estados brasileiros.

A análise dos motivos para que o beneficiário e as empresas acabem por procurar o Poder Judiciário no lugar de buscar solucionar o conflito no âmbito do tribunal administrativo é fator essencial para compreender o fenômeno. Entretanto, faz-se necessário discutir os aspectos relacionados à separação dos Poderes, os princípios constitucionais da inafastabilidade de jurisdição e as diferentes formas de se prestar jurisdição.

1.1. Teoria do Estado e a separação dos Poderes

Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe à maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou sociedade política.⁽¹²⁾

Antes de adentrar no estudo do Princípio da Separação de Poderes, faz-se necessário retomar o contexto teórico e histórico da formação do Estado. Em primeiro lugar tem-se de clarificar que o Estado é uma estrutura composta por instituições, cargos, órgãos, enfim, tudo aquilo que organiza a sociedade na qual ele está inserido. Há de se incluir dentre os requisitos que compõem o Estado, o seu ordenamento jurídico, a Constituição, as leis e todo o plexo de normas que definirão o esqueleto que o sustentará. Desde o início dos tempos, a formação do Estado tem sido objeto de estudo. Teses de que foi resultado da luta de classes; ou do uso da violência como mecanismo de opressão e coação; ou dos pensamentos teológicos ou mesmo das teses voluntaristas que pensam o Estado como um fim em si mesmo. Ainda, aqueles que defendem a criação do Estado como fruto do crescimento do poder das famílias, ou mesmo pelo concurso de várias dessas forças em prol da unificação de um povo e de uma nação.⁽¹³⁾

Ao falar-se em união de pessoas em um dado local, território, com objetivos semelhantes e com a intenção de formar um Estado, não há como fugir

Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/inss/CRPS/REGIMENTO_2017_116%20%20ALTERA%C3%87%C3%95ES_ago.pdf>. Acesso em: 10.1.2019.

(11) Em 2017 foram recebidos 604.442 processos, Relatório de Atividades do Conselho de Recursos do Seguro Social – CRSS, resposta ao ofício de requisição, com base na Lei de Acesso à Informação.

(12) ARISTÓTELES. *A política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 1.

(13) RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *A revisão do princípio da separação dos poderes: por uma teoria da comunicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 14-15.

às disputas pelo poder, à tentativa de subjugar uns aos interesses dos outros. Os conflitos tiveram, e por que não dizer, têm lugar por conta dessas disputas de ideias e de forças que formam o Estado. Desde Aristóteles, passando por Locke e Montesquieu⁽¹⁴⁾, o poder foi objeto de estudo, mais ainda a forma do exercício do poder ante o cidadão de cada Estado. É nesse contexto histórico, social e político que floresce a teoria da separação de poderes.

A doutrina da separação de Poderes atingiu seu ápice com a Revolução Francesa que, com seus dogmas de liberdade, de igualdade e de fraternidade, serviu como parâmetro principiológico das cartas constitucionais do chamado Estado Moderno. Claro que se tratou de um processo evolutivo, até chegar onde nos encontramos. Como falado anteriormente, o pontapé inicial teve por objetivo restringir o poder do Estado e buscar a garantia das liberdades individuais, mas nesse processo foram criadas algumas formas práticas para assegurar a harmonia e interdependência entre os Poderes. Destaque-se o sistema de freios e contrapesos, criado pelos americanos e, atualmente, presente em praticamente todos os modelos constitucionais democráticos.⁽¹⁵⁾

Dentro desse processo evolutivo de concepção e de desenvolvimento do princípio da separação de Poderes, relembre-se a experiência brasileira do chamado Poder Moderador. Em seu título 3º, Dos Poderes e Representação Nacional, art. 10, a Constituição Imperial Brasileira estabelecia: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”. Ainda, considerava o Poder Moderador como a chave de toda a organização política nacional, atribuindo-lhe a responsabilidade de velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos⁽¹⁶⁾, um quarto poder, a quem caberia a fiscalização e a integração dos demais. Mais do que isso, havia uma mitigação das garantias das liberdades individuais ante o poder do Monarca, pois, ao se colocar o Imperador, representante único e máximo do Poder estatal, acima dos demais Poderes, acabava-se por atribuir

(14) Nesse sentido: “Tal princípio, que no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho ‘não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, a qual consagrou o *Bill of Rights*, de 1688’ e que tem por antecedente mais remoto o estudo de Aristóteles, foi teorizado por John Locke e foi definitivamente concebido como uma doutrina sistemática por Montesquieu”. (WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 8.)

(15) WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 7-10.

(16) Art. 98, Constituição do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 16.7.2018.

posição de supremacia do Estado ante os administrados, indo de encontro a toda a concepção da própria origem do princípio da separação de Poderes.

Outro ponto que merece destaque, diz respeito à possibilidade de diferentes modelos de jurisdição, onde há separação rígida entre os Poderes, coibindo-se a possibilidade de interferência de um Poder em outro, como é o caso da chamada jurisdição contenciosa ou administrativa francesa, na qual ao Poder Executivo cabe julgar, em caráter definitivo suas lides, sem possibilitar a análise, muito menos a sua revisão pelo Poder Judiciário. Mas esse tema será melhor estudado quando se falar dos diferentes sistemas de jurisdição⁽¹⁷⁾.

Ainda, há de se destacar a concepção do sistema de governo parlamentarista em que se pode notar uma ligação umbilical entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Na realidade, o Executivo recruta seus colaboradores dentre os membros do Legislativo, mais do que isso, há íntima colaboração entre os dois Poderes, que em uma relação interdependente e hiperconectada não se pode, geralmente, estabelecer uma nítida delimitação de onde um Poder inicia e o outro acaba.

1.1.1. Releitura dos princípios da separação de Poderes e da inafastabilidade da jurisdição e o fim do monopólio estatal para distribuição de justiça

Com o passar dos anos, a separação de Poderes transformou-se em um dogma constitucional⁽¹⁸⁾ e, como tal, atrai posturas refratárias a sua modernização e ao aprimoramento de suas bases interpretativas. Não se pode perder de vista que o objetivo maior é a garantia das liberdades individuais e o cerceamento da ânsia de poder do Estado ante o administrado. Com a evolução da sociedade e com a maior complexidade das relações, não haveria mais espaço para interpretações estanques e segregacionistas. Para o cidadão comum não importam as teorias, muito menos a discussão sobre a divisão de poderes, sobre competências ou mesmo sobre os embates acadêmicos. O que importa é que o seu direito seja garantido, que a justiça prevaleça, que o Estado não seja o ser onipotente das épocas despóticas. Nesse sentido, faz-se imprescindível rever a dinâmica organizacional dos Poderes que constituem o Estado Democrático de Direito.

(17) Quanto aos sistemas de jurisdição, este tema será aprofundado no item 1.2. “A função jurisdicional”, do presente estudo.

(18) Nesse sentido: “...o constitucionalismo compreende duas noções identificadoras básicas: o princípio da separação dos poderes e a garantia dos direitos como instrumento de limitação do exercício de poder estatal consagrados nas constituições com o objetivo de proteger as liberdades fundamentais”. (NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. vol. único. São Paulo: Método, 2014. p. 53.)

Mais que pensar em Poderes herméticos e com limites clássicos para a sua atuação, é importante garantir a convivência harmônica e interdependente entre eles. Caso se analise a situação brasileira, que se trata de uma república presidencialista, podem-se constatar flexibilizações constitucionais à separação de Poderes. Por exemplo, quando se observa o processo orçamentário, pode-se verificar que se trata de verdadeira função do Poder Executivo, não obstante, a Constituição prevê que a proposta orçamentária cabe ao Executivo, mas a competência para deliberação cabe ao Legislativo. Ainda que mesmo atribuindo competência para a Câmara e para o Senado, o orçamento não será impositivo, deixando a possibilidade de a Presidência da República executar o orçamento conforme as suas prioridades e as suas disponibilidades. No mesmo sentido, o Poder Judiciário tem liberdade, dentro dos parâmetros definidos pelo Congresso Nacional, para executar a lei de dispêndios, conforme suas decisões. Ainda, quando se refere à nomeação de alguns cargos da República, até mesmo cargos privativos do Poder Judiciário, como é o caso da nomeação de Desembargadores e de Ministros dos tribunais superiores, também há um plexo de competências delegadas entre os Poderes Executivo e Legislativo, a quem cabe a indicação, a sabatina e a nomeação.

Importante saber que o cerne da questão não está no local no qual a função será realizada, mas sim que existam sistemas de controle, internos e externos, para garantir o exercício adequado do poder. Nesse sentido há funções administrativas desenvolvidas pelo Legislativo e pelo Judiciário, assim como há competências jurisdicionais exercidas pelo Executivo e pelo Legislativo. Ainda, há funções legislativas exercidas pelo Executivo e pelo Judiciário, tudo isso ocorrendo de forma harmônica e sem significar, necessariamente, uma violação ao princípio da separação de Poderes. Muito pelo contrário, trata-se da convivência entre as diversas funções, atividades e responsabilidades do Estado, dentro do seu objetivo maior que é o de garantir as liberdades individuais e o exercício moderado do poder.

Nesse ponto é importante a afirmação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho de que:

Cientificamente falando, não existe uma função jurisdicional diversa da administrativa. Politicamente falando, para a salvaguarda da liberdade individual, a aplicação da lei em casos concretos deve ser sempre confiada, em última análise, a órgãos independentes e imparciais, não subordinados ao governo, mas somente ao direito pessoal.⁽¹⁹⁾

(19) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. *Apud* WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade*

Não há de se falar em um poder específico, muito menos no local no qual essas decisões poderão ser tomadas, mas tão somente das características necessárias, o procedimento e a processualidade que devem ser observados para que a decisão seja imparcial. Com o passar do tempo, como evolução e solidificação naturais do princípio da separação de Poderes, acabou-se por subsumir tal função para o Poder Judiciário. Ao ponto de se estabelecer a existência do Poder Judiciário como condição essencial para a concretização do Estado Democrático de Direito. Uma coisa não exclui a outra. Não se pode deixar de valorizar a essencialidade da existência de uma magistratura livre e independente, estruturada de maneira orgânica e dotada de principiologia que lhe salvaguarde a imparcialidade. Não obstante, inviável atribuir-lhe a exclusividade da função jurisdicional, o que poderia, inclusive, dotá-lo de perigosa proeminência em relação aos demais Poderes, o que fugiria das bases conceituais do princípio da separação de Poderes.

A própria ordem constitucional vigente autoriza a mitigação da separação rígida de Poderes, delegando funções típicas de um Poder a outro. É o caso da competência de julgamento das Comissões Parlamentares de Inquérito⁽²⁰⁾, dotadas de processualidade similar à da prestação jurisdicional do Judiciário, ainda, a possibilidade de os Poderes Executivo e Judiciário editarem normas de auto-organização, como é o caso dos Regimentos Internos dos Tribunais⁽²¹⁾ ou mesmo das portarias e instruções normativas do Poder Executivo. Finalmente, funções fiscalizadoras típicas do Poder Legislativo que podem ser desempenhadas pelo Judiciário, exemplo o Conselho Nacional de Justiça⁽²²⁾, o Conselho da Justiça Federal⁽²³⁾ e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho⁽²⁴⁾, sem falar nas auditorias internas dos órgãos do Poder Executivo e a auditoria promovida pela Controladoria Geral da União. Essas funções podem ser desempenhadas sem significar interferência de um Poder em outro, ou mesmo em usurpação de competência de um Poder em outro. Na realidade, trata-se de prova cabal de que não há mais espaço para se falar em separação rígida de Poderes, mas sim na sua convivência harmônica e interdependente.

Ao longo da história, o princípio da separação de Poderes acabou por atribuir exclusividade ao Poder Judiciário para o exercício da função jurisdicional. Para se ter uma ideia do que isso significa, faz-se necessário conceituar jurisdição. Em um primeiro momento, pode-se considerar jurisdição como o

do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 15.

(20) Art. 58, § 3º, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

(21) Art. 96, I, *a*, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

(22) Arts. 92, I e 103-B, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

(23) Art. 105, parágrafo único, II, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

(24) Art. 111-A, § 2º, II, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

poder do Estado de dizer o direito, de aplicar a lei ao caso concreto. O Poder Legislativo tem o poder de elaborar leis, que consideram a situação do dever-ser, que regula as situações em abstrato. De nada adianta a lei no mundo do dever-ser sem que ela seja aplicada ao caso concreto. Neste momento surgem as controvérsias, dada a casuística, dada a situação, podem surgir interpretações diferentes sobre a forma com que a lei deve ser aplicada ao caso. Em um Estado Democrático de Direito, não se pode permitir que a força seja a forma de se resolver tais questões, assim, em prol da harmônica convivência entre os cidadãos, as pessoas dotam o Estado de poder para dizer e para aplicar o direito ao caso concreto. A jurisdição caracteriza-se pela substituição dos particulares, ou mesmo de particulares e da Administração, pelo Estado que detém o poder de dizer o direito, de afirmar a vontade da lei e de torná-la eficaz. Nos dizeres de Dinamarco:

À jurisdição costuma ser atribuída uma tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um poder e uma função e uma atividade. Na realidade, ela não é um poder, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual; assim como a legislação é o poder estatal exercido para criar normas e a administração, para governar. Como função, a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-Juiz busca realizar — notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios. A atividade jurisdicional constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento.⁽²⁵⁾

Kazuo Watanabe, ao discorrer sobre o Poder Judiciário e Função Jurisdicional, reforça a tese de que a jurisdição não é exclusiva do Poder Judiciário. Cita ainda que a jurisdição pode ser analisada e conceituada como poder, “no plano da soberania estatal, como função nos limites das atribuições que lhe cabem aos órgãos estatais encarregados de dizer o direito objetivo, e como atividade no âmbito do processo”. Em sentido contrário, apresenta também as definições de Frederico Marques que, “na jurisdição, ao lado do elemento material, consubstanciado no poder de julgar, há o elemento formal em sentido estrito (processo e coisa julgada) e o elemento orgânico ou subjetivo (o Poder Judiciário)”. Veja que, nesse ponto, o autor atribui competência exclusiva ao Poder Judiciário, denominando, inclusive, do que ele chama de elemento orgânico ou subjetivo.⁽²⁶⁾

(25) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. I, p. 303.

(26) WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 14-22. Capítulo II: Poder Judiciário e Função Jurisdicional.

Caso se olhe para a visão do cidadão comum, para o real destinatário dos efeitos do princípio da separação de Poderes, não importa o elemento orgânico, melhor dizendo, não há a necessidade de que o caráter subjetivo da jurisdição seja exercido somente pelo Poder Judiciário, mas sim que ele exista, que as regras estejam clara e previamente definidas, que o Estado, independentemente de qual órgão, exerça a sua função de dizer e de aplicar o direito, que dê efetividade e concretude às leis, que pacifique as controvérsias. Poder-se-ia dizer que ao se atribuir a jurisdição exclusivamente ao Poder Judiciário, minimizar-se-ia o poder da Administração, garantindo assim os direitos individuais perante o Estado opressor.

Não se pode deixar de ter claro que o Judiciário também faz parte do Estado, que juntamente com o Executivo e com o Legislativo concretizam um todo orgânico. Entende-se que o cerne da discussão não deve residir no *locus* mas sim no *modus operandi* do exercício da jurisdição. De nada valerá dotar o Poder Judiciário de exclusividade da prestação jurisdicional se não forem observados os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Da mesma forma, não haverá sentido em não se dotar de executividade a pacificação de uma lide que, mesmo não tendo sido composta dentro do Judiciário, seguiu a processualidade devida, a imparcialidade de julgamento e a impessoalidade da decisão. O que não se pode abrir mão é do monopólio da justiça nas mãos do Estado, sob pena de voltarmos à barbárie do uso da força ou, principalmente nos dias atuais, do poder econômico para resolver as controvérsias.

Nessa mesma senda, Rodolfo de Camargo Mancuso⁽²⁷⁾ apresenta proposta de ressignificação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que estabelece: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁽²⁸⁾. No estudo, que será objeto de análise nas páginas seguintes, propõe-se uma releitura do princípio da inafastabilidade do Judiciário, atribuindo-lhe o sentido de acesso à justiça e não de acesso à estrutura orgânica do Poder Judiciário nacional.

O primeiro ponto a ser destacado diz respeito à crescente judicialização dos conflitos, principalmente pelo entendimento de que a inafastabilidade de jurisdição significaria levar ao Poder Judiciário toda e qualquer controvérsia. Tal entendimento tem feito com que qualquer pequena desavença vire um processo judicial, não raro, antes mesmo de que o conflito esteja realmente estabelecido.

(27) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JUNIOR, Nelson (coords.). *Crise dos poderes da República: judiciário, legislativo e executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 69-104.

(28) Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Um simples abalroamento de carros, ou uma discussão natural entre vizinhos de um condomínio têm abarrotado as prateleiras do Poder Judiciário. Esta leitura exacerbada, de que o acesso à Justiça significa um processo judicial, tende a matar qualquer tentativa de composição. Não raro se escuta um advogado falar que não faz acordo, que não acredita em conciliação, que somente acredita em seu preparo técnico para conduzir o processo judicial à vitória. Da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, consolidou-se o conceito de que, ao mínimo desentendimento, à mínima resistência, ou mesmo, o simples conflito de ideias deve ser levado ao crivo do Magistrado, fazendo nascer, nas palavras de Mancuso, “a judicialização do cotidiano, numa açodada ligação direta entre a controvérsia e o Fórum”.⁽²⁹⁾

Centrando a discussão aos limites do escopo do presente estudo, quando se analisa o conflito previdenciário, pode-se facilmente constatar que os beneficiários do sistema não se utilizam das vias administrativas para a solução de seus conflitos. O mero indeferimento do pedido, de forma parcial ou integral, leva à constituição de um advogado e o conseqüente ajuizamento de uma ação para requerer a reversão da decisão administrativa.⁽³⁰⁾

Há de se ter claro que as decisões administrativas são fruto de um processo, fruto de procedimentos desencadeados de maneira ordenada e preestabelecidos em lei, em atos e instruções normativas. O servidor público, ao receber um requerimento do administrado, tem a obrigação de instaurar o devido procedimento administrativo, instruir o processo, cumprir todas as etapas previstas no procedimento, até chegar à decisão em relação ao pleito. Ainda, nos termos da legislação, desta decisão cabe pedido de reconsideração e, se for o caso, de recurso administrativo para a autoridade superior. Durante todo o procedimento, são assegurados ao administrado os postulados da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência, dentre outros tantos previstos na Administração Pública.⁽³¹⁾

(29) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JUNIOR, Nelson (coords.). *Crise dos poderes da República: judiciário, legislativo e executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73.

(30) Veja-se Relatório Justiça em Números 2017 (ano-base 2016). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-/justica-em-numeros>>. Acesso em: 12.7.2018, anteriormente citado no presente estudo, que mostra a grande participação dos conflitos previdenciários dentre as demandas dos órgãos da Justiça Federal.

(31) Arts. 2º, *caput*, parágrafo único e incisos, 56 e parágrafos, da Lei n. 9.794/99, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 25.7.2018.