PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO – DANO MORAL PELA INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO – INCIDÊNCIA DE DESCONTOS EM BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS SEM RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA – OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Danilo de Oliveira[1]

[1]Mestrando em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Público com Ênfase em Direito Constitucional. Professor Universitário e Coordenador do Núcleo de Orientação de TCC do Curso de Direito da Universidade Santa Cecília – UNISANTA. Advogado. Coordenador da Comissão de Temas Previdenciários da OAB/Santos.

Resumo: O presente artigo aborda a configuração de dano moral decorrente da conduta corriqueira do INSS de realizar descontos sumários sobre benefícios previdenciários percebidos pelos seus beneficiários, além do consequente direito destes à correspondente compensação pecuniária. Na nossa abordagem, construída passo a passo rumo ao desfecho por nós defendido, inclui-se a análise breve da liberdade individual, do atual entendimento acerca do Princípio do Devido Processo Legal e a sua relação com a liberdade do indivíduo, o duplo papel dos benefícios previdenciários em geral, as condutas do INSS tendentes a violar a liberdade individual, máxime, a imposição sumária de descontos sobre benefícios previdenciários e, por fim, a configuração, para nós flagrante, de dano moral pecuniariamente compensável nessas hipóteses.

Palavras chave: Direitos Humanos de 1ª Dimensão. Liberdade e Patrimônio Privado. Princípio Constitucional do Devido Processo Administrativo. Inobservância. Descontos Sumários. Benefícios Previdenciários. Dano Moral. Compensação.

Abstract: This article discusses the moral damage resulting from the ordinary conduct setting the INSS to perform summaries discounts on social security benefits perceived by their beneficiaries, plus the consequent right of these to the corresponding financial compensation. In our approach, built step by step towards the outcome for us championed, included the brief analysis of individual freedom, the current understanding of the due process of law principle and its relationship with the freedom of the individual, the dual role of benefits social security in general, INSS the conduct intended to violate individual liberty, mainly, the summary imposition of discounts on social security benefits and, finally, the setting for us the act of payment of compensation compensable moral damages in such cases.

Keywords: Human Rights 1st Dimension. Freedom and Private Equity. Constitutional Principle of Due Administrative Process. Failure. Summaries Discounts. Social Security Benefits. Moral Damage. Compensation.

INTRODUÇÃO

1. A LIBERDADE E O PATRIMÔNIO PRIVADO COMO DIREITOS HUMANOS DE 1ª DIMENSÃO

A liberdade em sua acepção mais ampla, isto é, abrangendo a de autodeterminação, a de locomoção, a religiosa, a de orientação sexual, a de disposição do patrimônio etc., foi um dos primeiros direitos do homem e de todos os homens a ser consagrado como fundamental, ou seja, como um legítimo direito humano.
Os direitos civis e políticos, dentre os quais se destaca a liberdade, constituem direitos humanos de 1ª dimensão, seguidos pelos direitos econômicos, sociais e culturais, os quais constituem direitos humanos de 2ª dimensão, sucedidos pelos direitos difusos e coletivos, os quais constituem direitos humanos de 3ª dimensão.

> Isso nos dá a real percepção do mecanismo de sincronia e sinergia que têm as três dimensões dos direitos humanos, embora antagônicas, as quais são: a primeira, fundada na liberdade; a segunda, na igualdade; e, a terceira, na fraternidade. (SAYEG, 2011, p. 169)

Os lemas da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, nos ajudam a entender a ordem cronológica pela qual emergiram os direitos humanos de 1ª, 2ª e 3ª dimensões. Entretanto, uma dimensão não sucede a outra de modo a substituir a antecedente, mas, ao contrário, somam-se umas as outras, agregando-se de modo a expandir o rol dos ditos direitos humanos. A fim de se consolidar terminologicamente essa ideia, recomenda-se, hodiernamente, o uso do termo *dimensões* ao invés de *gerações*, pois esse último poderia induzir ao equívoco que se quer evitar.
Historicamente, a primeira grande luta pelos direitos do homem e de todos os homens foi pela liberdade do indivíduo em face do déspota. As liberdades públicas individuais tornavam-se essenciais para fazer frente ao despotismo e, para a sua efetivação, condutas negativas tinham de ser impostas ao aparato estatal.
Noutro giro de palavras, explicamos que os direitos humanos de 1ª dimensão, pautados no ideal de liberdade, exprimem-se por meio da imposição de comportamentos negativos ao Estado, por meio de obrigações de não fazer, como, por exemplo, a de não privar ninguém de sua liberdade nem de seus bens sem observar um processo judicial ou administrativo que franqueie o exercício do contraditório e da ampla defesa (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, incisos LIV e LV), sem o qual qualquer sorte de privação da liberdade ou de constrição patrimonial será flagrantemente arbitrária.
Conquistadas as liberdades públicas, as quais frenam a atividade estatal, emergiu a necessidade de igualar juridicamente os homens. Daí a origem dos direitos humanos de 2ª dimensão, os quais correspondem ao reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais, alavancados pelo ideário de igualdade.
Posteriormente, percebeu-se a necessidade de se tutelar não apenas o indivíduo isoladamente considerado, mas, ao contrário, a de se proteger o grupo ou parte do grupo ao qual pertence, prestando-se atenção em assuntos cujo interesse transcenda ao privativo de cada um, como o preservacionismo ambiental e a defesa do consumidor. Desse modo, a solidariedade, a fraternidade, é o alicerce dos direitos humanos de 3ª geração.
Para nós, momentaneamente, merece destaque a liberdade individual como direito humano de 1ª dimensão, pelo qual se estabelece a proteção do indivíduo contra abusos

estatais, por meio da imposição de obrigações negativas ao seu aparato humano, ou seja, aos seus agentes públicos.

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO À LIBERDADE E AO PATRIMÔNIO PRIVADO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, estabelece importante direito fundamental, inclusive, com *status* de cláusula pétrea: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Trata-se do Princípio Constitucional do Devido Processo Legal, o qual impõe ao Estado a obrigação de se abster de tolher a liberdade do indivíduo e de se abnegar de promover a constrição de bens particulares sem antes observar as normas jurídicas processuais que estabelecem, principalmente, mecanismos de ciência e de defesa do indivíduo (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LV), para que, depois de observadas, seja o indivíduo eventualmente privado da liberdade ou de seus bens, se for o caso.

> Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process of law*. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 63)

No âmbito administrativo, os processos que tramitam nessa seara, ou seja, os processos administrativos, também estão adstritos ao referido princípio, o qual, nessas hipóteses, sofre adaptação terminológica para Princípio Constitucional do Devido Processo Administrativo.

> A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela *processual*, como a primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.
> [...].
> O conceito de 'devido processo' foi-se modificando no tempo, sendo que a doutrina e a jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 65)

Além do aspecto formal, como vimos, o Princípio do Devido Processo Legal, tanto na seara judicial como na administrativa, evoluiu para além da observância dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, abrangendo também o aspecto material ou substancial.

> O devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula *substantive due process*. Os administrativistas identificam o fenômeno do *due process*, muito embora sob outra roupagem, ora denominando-o de garantia da legalidade e

> dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade. Já se identificou a garantia dos cidadãos contra abusos do poder governamental, notadamente pelo exercício do poder de polícia, como sendo manifestação do devido processo legal. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 66)

Sendo o Poder de Polícia típico da Administração Pública, pelo qual, em suma, ela fiscaliza condutas de particulares, eventualmente verificada alguma sorte de irregularidade durante o seu exercício, impõe-se sanção, fazendo-se necessário que essa sanção seja precedida por um processo administrativo no qual efetivamente se assegurem o contraditório e a ampla defesa (aspecto formal), assim como a sanção cuja aplicação se pretende deve estar amparada em Lei, isto é, deve ser lícita, vedadas penalidades não previstas em Lei e sem amparo constitucional (aspecto substancial).
No tocante à liberdade e ao patrimônio privados, como vimos no item anterior, há norma constitucional expressa que impõe ao Poder Público a observância de processo prévio, inclusive contendo diversas peculiaridades, antes da restrição à liberdade ou da constrição patrimonial, o que, por conseguinte, configura também limitação material, por se tratar de legítimo Direito Fundamental do indivíduo.
Uma observação se faz essencial:

> Os atos administrativos, como emanação do Poder Público, trazem em si certos *atributos* que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes prestam características próprias e condições peculiares de atuação. Referimo-nos à *presunção de legitimidade, à imperatividade e à auto-executoriedade*, que veremos a seguir.
> PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE
> Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. [...].
> A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguido de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. (MEIRELLES, 2002, p. 154) (grifos em itálico do original)

Ainda que os *todos* os atos da Administração Pública presumam-se legítimos, como decorrência lógica da observância pela Administração Pública do Princípio da Estrita Legalidade, sabemos que referida presunção é relativa, isto é, admite prova de invalidade por parte do administrado e, no caso da privação da liberdade e da constrição patrimonial, há que ser observada não apenas a Lei, em respeito ao Princípio da Estrita Legalidade, mas, antes disso, em sentido também cronológico, o Direito Humano de 1ª dimensão Liberdade (de locomoção e de disposição patrimonial).
Noutro giro de palavras, ainda que o ato administrativo se presuma válido por, ao menos em tese, ter a atuação estatal de decorrer obrigatoriamente da Lei, no que concerne à liberdade e ao patrimônio privados, primeiro há de ser observado o Direito Fundamental ao Devido Processo Administrativo antes de qualquer tipo de imposição de privação sobre eles.
Por mais que a Administração Pública, no que toca ao controle de seus atos administrativos, disponha de autotutela, essa inclusive já consagrada em enunciado de Súmula do Supremo Tribunal Federal, a de número 473, quando a revisão de seu ato administrativo implicar a sua anulação ou a sua revogação pela própria Administração

Pública, deve previamente à efetivação de uma ou de outra ser observado o Princípio Constitucional do Devido Processo Administrativo.

> Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Repete-se que nem mesmo a autotutela administrativa pode prevalecer em detrimento do Princípio Constitucional do Devido Processo Administrativo.
Uma situação cotidiana elucidará essa temática. Todavia, antes dela, entendamos a dupla função dos benefícios previdenciários.

3. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E SUA DUPLA FUNÇÃO: SUBSISTÊNCIA DIGNA E DESENVOLVIMENTO HUMANO

O tema Previdência Social é dos mais relevantes em qualquer sociedade. Essa relevância nasce a partir dos impactos negativos que a impossibilidade de obtenção de meios de subsistência digna causa imediatamente nos indivíduos e mediatamente na sociedade, terminando no tratamento dado pelo ordenamento jurídico a fim de amparar esses indivíduos e também o próprio corpo social no qual inserido.

Tecnicamente, o Direito Previdenciário é um ramo de Direito Público cujo objeto é a intervenção estatal tendente a proteger indivíduos predeterminados atingidos por riscos sociais, os quais, por sua vez, constituem hipóteses legalmente estabelecidas, nas quais, em geral, o indivíduo, por si só, não possui condições mínimas de manter a sua subsistência digna nem de se desenvolver enquanto ser humano por meio do exercício de atividades remuneradas, ou seja, por meio do seu trabalho (Constituição Federal de 1988, artigo 1º, inciso IV).
A legislação previdenciária, então, tem o importante papel de, primeiro, selecionar quais as situações que, num contexto específico, dentro de uma determinada sociedade, podem impactar negativamente na vida de cada um e, por conseguinte, refletir perniciosamente na do grupo para, depois, identificar os destinatários da necessária proteção, a qual, caso efetivamente implementada, refletirá positivamente na manutenção e no desenvolvimento sociais.
Disso resulta o caráter eminentemente protetivo do Direito Previdenciário, ainda que, para tanto, exija-se a respectiva fonte de custeio.
Aliás, essa ideia parte exatamente da premissa de que os indivíduos, por si mesmos, não são previdentes, isto é, não se preparam para os momentos de sua vida nos quais perdem a possibilidade de realizar uma atividade que lhe forneça meios de sustento, meios de sobrevivência digna.
Consequentemente, a fim de evitar essa falha individual, a qual acaba por refletir negativamente no corpo social, surge o instituto do seguro obrigatório.
Explica Ivan Kertzman (2013, p. 36):

> O princípio da compulsoriedade é o que obriga a filiação a regime de previdência social aos trabalhadores que trabalhem. Se os segurados pudessem optar entre verter parte de sua remuneração para o sistema de previdência social ou utilizar todos os ganhos para pagamento de despesas

> domésticas, certamente a maioria escolheria a segunda alternativa. Diversos trabalhadores ficariam, portanto, excluídos do sistema protetivo, gerando um completo caos social, pois, quando ficassem impossibilitados de exercer suas atividades, não teriam como prover o seu sustento.

Noutras palavras, em linhas gerais, aquele que exerce algum tipo de atividade remunerada, independentemente de sua vontade, pois essa é irrelevante, adere automaticamente a essa proteção, em prol do indivíduo e da coletividade.

Então, em termos sucintos, o Direito Previdenciário ou a Legislação Previdenciária, também nas palavras de Ivan Kertzman (2013 p. 93), "é o conjunto de normas que visam organizar a seguridade social e o sistema protetivo". Alertamos, de acordo com a doutrina especializada, que não fazem parte do campo de abrangência do Direito Previdenciário as normas jurídicas especificamente direcionadas à saúde e à assistência social.

Uma análise sistêmica do Direito Previdenciário, aliada a uma teleológica, máxime desde a Carta Magna até a Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social, são fundamentais para o restabelecimento do verdadeiro sentido do próprio Direito Previdenciário: A Proteção Social.

Todavia, essa proteção consiste, obviamente, na manutenção da subsistência digna do indivíduo e da de sua família, aliada, também, de forma indissociável, ao desenvolvimento das potencialidades desse indivíduo e das do grupo.

Noutro giro de palavras, o que se quer explicitar é que a proteção social realizada por meio dos benefícios previdenciários objetiva o binômio manutenção-desenvolvimento, de modo que, somente quando ambos são possibilitados através dos referidos benefícios, é que se pode falar *efetivamente* em proteção social e em dignidade da pessoa humana.

Qualquer ato ou omissão do Poder Público que de alguma maneira prejudique indevidamente esse binômio, como, por exemplo, a incidência sumária de descontos em benefícios previdenciários, deve ser analisada com acuidade.

4. A INCIDÊNCIA SUMÁRIA DE DESCONTOS EM BENÉFICOS PREVIDENCIÁRIOS

Pragmaticamente, observamos reiterada conduta estatal, mais precisamente do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal, portanto, pessoa jurídica de direito público interno integrante da estrutura da Administração Pública indireta, no sentido de *sumariamente* impor descontos incidentes sobre benefícios previdenciários.

Tais descontos são *sumariamente* impostos, uma vez não observado processo administrativo prévio a sua imposição.

Na prática, o segurado percebe (e quando percebe) redução na renda mensal de seu benefício previdenciário sob a rubrica *consignação*, sem que a entidade autárquica tenha previamente o informado acerca da revisão do ato administrativo de concessão de seu benefício previdenciário, após a verificação de suposta ilicitude nesse mesmo ato administrativo de concessão.

Ocorre que, conforme dita o Princípio Constitucional do Devido Processo Administrativo, o INSS tomando conhecimento de suposta ilegalidade no ato administrativo de concessão, seja por erro próprio ou não, deveria cientificar o segurado, o qual figura como destinatário específico do referido ato, acerca da suposta

ilegalidade que o vicia, franqueando-lhe, assim, ampla possibilidade de defesa de seus interesses.

Agrava-se ainda mais esse cenário pelo total descaso com que tratados segurados que, encontrando-se na situação supradescrita, ao procurar uma Agência da Previdência Social (APS) não são informados acerca do motivo do desconto, sequer do significado da rubrica *consignação*, assim deixando a APS sem o mínimo de informação, pela inadmissível escusa de que o servidor público que o atendeu não possui senha que permita acesso a programa ou banco de dados no qual constem tais informações.

A imposição *sumária* de descontos, ainda que embasadas em previsão legal de anulação de ato administrativo inválido, configura flagrante arbitrariedade. Diz-se arbitrariedade, pois: a) o já citado Princípio Constitucional do Devido Processo Administrativo consagra legítimo Direito Humano de 1ª dimensão, qual seja, a Liberdade do indivíduo, inclusive a relativa à disposição patrimonial; b) o também Princípio Constitucional do Estado de Inocência, segundo o qual, numa exegese adaptada à hipótese, todos os segurados do RGPS recebem benefícios previdenciários de boa-fé até que decisão judicial transitada em julgado[1] estabeleça o contrário, implica a presunção da percepção de boa-fé por parte dos segurados, de modo a impedir a sumariedade relatada; c) o Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido em casos análogos.

Começamos pelo Princípio do Estado de Inocência. Previsto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ele consigna "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Desse modo, mais que uma presunção, cremos que se estabeleceu constitucionalmente um *estado* de inocência até que se verifique o momento processual na norma previsto.

Além disso, alertamos que comete ledo engano aquele que, numa hermenêutica tacanha dessa norma, a partir de uma mera interpretação gramatical, conclui que se destina apenas ao âmbito penal ou processual penal. Uadi Lammêgo Bulos leciona:

> Amplitude do princípio: embora o art. 5º, LVII, refira-se aos processos penais condenatórios, incluem-se no âmbito da presunção de inocência os processos cíveis e *administrativos* (BULOS, 2007, p. 547) (grifamos em itálico)

Ainda sobre o Princípio do Estado de Inocência, leciona também:

> A propósito, lembre-se que a *presunção de inocência* foi uma novidade da Carta de 1988. No passado, ela era extraída do contraditório e da ampla defesa, pois não vinha prevista taxativamente.
> Agora, todos são inocentes, exceto se for provado o contrário.
> Até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu tem o *direito público subjetivo* de não ostentar o *status* de condenado.
> Trata-se de uma projeção dos princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, do contraditório, da ampla defesa, do *favor libertatis*, do *in dúbio pro réu* e da *nulla poena sine culpa*.

[1] Na seara estrita do processo administrativo, cremos que a imposição de descontos a título de restituição de valores indevidamente percebidos deve suceder, no mínimo, decisão administrativa irrecorrível nesse âmbito. Vale lembrar que, de acordo com o Sistema de Unicidade da Jurisdição, o Poder Judiciário é o único dentre os Poderes constitucionalmente estabelecidos que tem a possibilidade de decidir definitivamente, ou seja, de decidir com caráter imutável.

> Somente quando a situação originária do processo for, definitivamente, resolvida é que se poderá inscrever, ou não, o indivíduo no rol dos culpados, porque existe a presunção relativa, ou *juris tantum*, da não-culpabildade daqueles que figuram como réus nos processos penais condenatórios. (BULOS, 2007, p. 547) (grifos em itálico do original)

Transportando-se esse raciocínio para o processo administrativo, mais precisamente o de âmbito previdenciário, relativo à concessão de benefícios dessa natureza, *não* se pode considerar um benefício previdenciário indevido ou percebido indevidamente, enquanto não for proferida uma decisão administrativa irrecorrível, a qual, obviamente, deve ser antecedida por um procedimento que prestigie o contraditório e a ampla defesa e, além disso, possa ser judicialmente revista, como decorrência do sistema de controle dos atos administrativos adotado no Brasil: Sistema Inglês, de Unicidade da Jurisdição ou de Controle Judicial, pelo qual, em síntese, todos os litígios de natureza administrativa podem ser levados ao Poder Judiciário, único competente para decidi-los *definitivamente* (coisa julgada).

No mais, já estabelecemos com clareza no item 2 que a Administração Pública não pode, mesmo invocando o Princípio da Estrita Legalidade, o atributo dos atos administrativos da Presunção de Legitimidade, o enunciado da Súmula nº. 473 do Supremo Tribunal Federal etc., impor descontos que impliquem restrição à Liberdade individual de disposição patrimonial sem que seja observado o Devido Processo Administrativo.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, assim já se manifestou em caso análogo. No julgamento do RE 594.296 cuja ementa do respectivo acórdão se reproduz abaixo, o Pretório Excelso decidiu:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL. REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.
> 1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo.
> 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa.
> 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Destacamos que no referido Recurso Extraordinário foi reconhecida a repercussão geral do tema, nos seguintes termos:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO CUJA FORMALIZAÇÃO TENHA REPERCUTIDO NO CAMPO DE INTERESSES INDIVIDUAIS. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO SOB O RITO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E COM OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Na verdade, outra não poderia ser a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao menos à luz de normas constitucionais como: o artigo 1º, inciso III; o artigo 3º, inciso I; o artigo 5º, incisos LIV, LV e LVII etc.
Por mais que Leis como a 9.784/1999 e a 8.213/1991 estabeleçam, em suma, que o INSS tem competência para anular atos administrativos de concessão de benefícios previdenciários ilegais, cuja ilegalidade deriva da ausência de requisito legalmente estabelecido para a sua concessão, por exemplo, ambas são normas infraconstitucionais e a Carta Magna, de índole superior, estabelece o Princípio do Devido Processo Administrativo. Nesse sentido:

> O critério da superioridade normativa
> O *primeiro* critério para gerar a harmonia própria de uma ordem jurídica consiste na superioridade. Significa que as normas jurídicas não se encontram todas no mesmo nível. Há relações de supra e de infraordenação, devendo prevalecer a norma superior em relação à inferior. Portanto, as normas inferiores têm de ser compatíveis com as superiores, sob pena de invalidade. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 89) (grifamos em itálico)

Cremos, assim, que a conduta autárquica de, cotidianamente, impor a incidência de descontos *sumários* sobre benefícios previdenciários, em latente desrespeito à Dignidade da Pessoa Humana, à Liberdade, ao Devido Processo Administrativo, dentre outros, configura ato ilícito passível de compensação por danos morais.
Outras condutas ilícitas atentatórias contra o Princípio do Devido Processo Administrativo perpetradas no âmbito do INSS são brevemente relatadas no nosso artigo "Maior que a Fila do INSS", cuja leitura se recomenda.

5. A CONFIGURAÇÃO DE DANOS MORAIS

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, parágrafo sexto, dispõe:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade civil do Estado, tal como consagrada, abrange, no mínimo, as seguintes reparações: a) indenização por danos materiais, os quais abrangem danos emergentes e lucros cessantes, cuja análise, nesse momento, desviaria do foco desse artigo; b) compensação por danos morais.
O dano moral, por exclusão, tem natureza não patrimonial, ao menos na sua essência. Há quem o defina como um forte abalo psíquico decorrente de uma profunda dor íntima, subjetiva. Porém, se subjetiva, como saber se é profunda, ou mesmo se é uma dor?
Agrada-nos a definição de Nelson Rosenvald, o qual, partindo de uma conceituação por exclusão, isto é, da de dano moral como todo aquele de natureza não patrimonial, o define como toda conduta comissiva ou omissiva que ofenda a Dignidade da Pessoa Humana, ou, ainda, estendemos, ofenda os seus Direitos Fundamentais preceituados no cerne rígido constitucional.

Desse modo, quando agentes públicos, agindo como tais, ofendem a Dignidade da Pessoa Humana ou os Direitos Fundamentais do indivíduo, configura-se o dano moral, o qual deve ser reparado à luz do parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Dando continuidade ao nosso silogismo jurídico, quando o INSS, por meio de seus agentes públicos, *sumariamente* impõe a incidência de descontos sobre benefícios previdenciários do segurado sem observar o Devido Processo Administrativo, há flagrante ofensa a um Direito Humano de 1ª dimensão, a um legítimo Direito Fundamental, indubitavelmente, atrelado à Dignidade da Pessoa Humana, o que desencadeia o dever de o INSS compensar esse dano moral, pouco importando se o desconto era ou não devido, pois, como já vimos, ambas as acepções, de forma e de substância, estão atreladas ao *due process of law*. A inobservância do procedimento (forma) já constitui em si mesma uma ilicitude, a qual acaba por desencadear outras: a ofensa à liberdade de disposição patrimonial privada e à propriedade privada (substância).

Além da desnecessidade de comprovação do elemento subjetivo dolo ou, no mínimo, culpa do agente público causador do dano moral, uma vez que a Responsabilidade Civil do Estado na atual fase, denominada Publicista, é objetiva, não haverá a necessidade de se comprovar a ocorrência do dano, do abalo psíquico, da dor, pois se trata de legítimo dano presumido ou *in re ipsa*, isto é, a conduta omissiva estatal de não observar o Princípio do Devido Processo Administrativo, por si só, é flagrantemente danosa, eis que violadora a Direito Fundamental do indivíduo.

Tanto é verdadeira tal conclusão, que ela é confirmada pela legislação federal de regência da matéria "probidade administrativa dos servidores públicos federais". O Decreto nº. 1.171/1994, o qual aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, regula as seguintes normas jurídicas: a) Constituição Federal de 1988, artigo 37, *caput*, a qual dispõe acerca dos Princípios Básicos da Administração Pública: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência; b) Lei nº. 8.112/1990 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), artigos 116 e 117, as quais dispõem acerca dos deveres e das proibições impostos aos servidores públicos federais, respectivamente; c) Lei nº. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), artigos 10, 11 e 12, as quais, em suma, abordam modalidades de atos de improbidade administrativa e as respectivas sanções.

O Decreto nº. 1.171/1994, como vimos, regula tais normas jurídicas e, ao fazê-lo, enumera expressamente condutas imorais de agentes públicos estatais ímprobos, que uma vez praticadas ou omitidas configuram dano moral. São elas:

> ANEXO
> Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal
> CAPÍTULO I
> Seção I
> Das Regras Deontológicas
> [...]
> IX - A cortesia, a boa vontade, o cuidado e o tempo dedicados ao serviço público caracterizam o esforço pela disciplina. Tratar mal uma pessoa que paga seus tributos direta ou indiretamente significa causar-lhe *dano moral*. Da mesma forma, causar dano a qualquer bem pertencente ao patrimônio público, deteriorando-o, por descuido ou

> má vontade, não constitui apenas uma ofensa ao equipamento e às instalações ou ao Estado, mas a todos os homens de boa vontade que dedicaram sua inteligência, seu tempo, suas esperanças e seus esforços para construí-los.
> X - Deixar o servidor público qualquer pessoa à espera de solução que compete ao setor em que exerça suas funções, permitindo a formação de longas filas, ou qualquer outra espécie de atraso na prestação do serviço, não caracteriza apenas atitude contra a ética ou ato de desumanidade, mas principalmente *grave dano moral* aos usuários dos serviços públicos.
> [...].
> XIV - São deveres fundamentais do servidor público:
> [...].
> b) exercer suas atribuições com rapidez, *perfeição* e rendimento, pondo fim ou procurando prioritariamente resolver situações procrastinatórias, principalmente diante de filas ou de qualquer outra espécie de atraso na prestação dos serviços pelo setor em que exerça suas atribuições, com o fim de evitar *dano moral* ao usuário;
> [...].
> g) ser cortês, ter urbanidade, disponibilidade e atenção, respeitando a capacidade e as limitações individuais de todos os usuários do serviço público, sem qualquer espécie de preconceito ou distinção de raça, sexo, nacionalidade, cor, idade, religião, cunho político e posição social, abstendo-se, dessa forma, de causar-lhes *dano moral*;
> XV - E vedado ao servidor público;
> [...].
> d) *usar de artifícios para procrastinar ou dificultar o exercício regular de direito por qualquer pessoa*, causando-lhe *dano moral* ou material;
> (grifamos em itálico)

O artigo 116 da Lei nº. 8.112/1990 dispõe ser dever do servidor público federal "exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo" (inciso I), "observar as normas legais e regulamentares" (inciso III), "manter conduta compatível com a moralidade administrativa" (inciso IX), bem como que lhe é proibido, de acordo com o artigo 117 da mesma Lei, "proceder de forma desidiosa" (inciso XV), dentre outras.

A inobservância dessas normas jurídicas significa que o servidor público não agiu com a "perfeição" exigida pelo Decreto e, assim, desidiosamente, dificulta ou, na verdade, impede o exercício regular de um direito, o que constitui a ocorrência inafastável de dano moral.

Repete-se, o desrespeito ao Princípio do Devido Processo Administrativo comumente perpetrado pelo INSS impede a cognição e a defesa do interessado, assim implicando intervenção arbitrária em suas liberdades públicas, o que, como vimos, configura incontestável situação de dano moral (Decreto nº. 1.171/1994, Anexo, inciso XIV, alínea d).

CONCLUSÃO

A Liberdade do indivíduo, em seu sentido amplo, acima já explicitado, é um legítimo Direito Fundamental, um reconhecido Direito Humano de 1ª dimensão, derivado da Dignidade da Pessoa Humana.

Num verdadeiro Estado Democrático de Direito, como se pretende seja o nosso, ao menos nos expressos termos do *caput* do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, é essencial a sua preservação, por meio de mecanismos eficazes. A própria Carta Magna estabelece importante meio para a sua preservação, por nós abordado: o Princípio do Devido Processo Administrativo (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, LIV).

A efetividade dessa norma constitucional depende, inegavelmente, do seu fiel cumprimento pelos seus intérpretes e aplicadores, dentre os quais destacamos os servidores públicos autárquicos federais do INSS. Eles são, muitas vezes, os primeiros a ter de observar esse ditame constitucional, ainda que sob o pretexto de aplicar a Lei anulando um ato administrativo de concessão supostamente ilegal. A arbitrariedade apontada no presente artigo somente será evitada se observado o princípio em comento, o que é condição para a manutenção de uma governança legítima, não adepta ao despotismo inerente a atuações estatais indesejadas. Sempre que não observada pelos supracitados servidores públicos essa norma constitucional garantidora da Liberdade do indivíduo, ocorrerá flagrante dano moral, haja vista a inegável ofensa à Dignidade da Pessoa Humana, pois uma de suas expressões é, exatamente, a de que ninguém será privado de sua Liberdade individual, numa acepção ampla, sem prévio processo administrativo, no qual, inclusive, se assegure o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, à luz da moderna teoria da Responsabilidade Civil do Estado (Publicista) adotada no Brasil, assim como, diante do expressamente previsto no Decreto nº. 1.171/1994, a inobservância desse direito por meio de omissão estatal configura dano moral indenizável. Indenizável, com as seguintes características principais: a) desnecessidade de comprovação de dolo ou culpa (elemento subjetivo) do servidor público omisso, em virtude de a Responsabilidade Civil do Estado ser, entre nós, objetiva; b) comprovada a omissão estatal, por conseguinte, restarão configurados o dano moral e o nexo causal entre ambos, pelos motivos expostos no item anterior.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13/07/2015.

BRASIL, Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 13/07/2015.

BRASIL, Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 25/07.2015.

BRASIL, Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 25/07/2015.

BRASIL, Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 25/07/2015.

BRASIL, Decreto nº. 1.171, de 22 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em: 13/07/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 473. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas. Acesso em: 25/07/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 594.296 Minas Gerais. Relator Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21/09/2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1729772. Acesso em: 25/072015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional – Atualizado até a Emenda Constitucional n. 53, de 19-12-2006*. São Paulo: Saraiva, 2007.
HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição Federal*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Editora: Sergio Antonio Fabris Editor. 2009.
JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 10ª ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2013.
LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. atual. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.
MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – doutrina e jurisprudência*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.
OLIVEIRA, Danilo de. *Maior que a Fila do INSS*. Disponível em: http://www.danilodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2014/06/pagina40-junho-2013.pdf. Acesso em: 25/07.2015.
ROSENVALD, Nelson. *Curso: Responsabilidade Civil. Aula 02: ano Moral – Noções Gerais*. 2009. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=zb1U5HW8mWQ&list=PL010285873687BF91&index=7. Acesso em: 25/07/2015.
SAYEG, Ricardo Hasson. *Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos / Coordenação: Wagner Balera*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.