

A VIA ADMINISTRATIVA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E SUA OBRIGATORIEDADE

Antonio Raphael Silva Salvador
Procurador da Justiça
do Estado de São Paulo

O artigo 15 da Lei 5.316, de 1967, que passou a regular o direito acidentário, diz: "Para reclamação de direito decorrente desta Lei, o acidentado, seus dependentes, a empresa ou qualquer outra pessoa somente poderão mover ação contra a previdência social, diretamente ou por intermédio de advogado, depois de esgotada a via recursal da previdência social". Essa redação do artigo em causa decorre da modificação que lhe deu o Decreto-lei n.º 893, de 1969, pois antes dele não continha o referido artigo qualquer exigência quanto à prévia caminhada pela via recursal da previdência social.

Muitas dúvidas surgiram na ocasião quanto à possibilidade de ser esgotada essa via administrativa, que ninguém conhecia e não se sabia onde terminava. Bem por isso foi a exigência declarada materialmente inconstitucional pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, por falta de regulamentação. Esse julgamento foi tomado em inúmeros recursos extraordinários, dos quais o mais conhecido é o de n.º 72.071, da Guanabara, julgado em 1.º de setembro de 1971.

Exigida essa regulamentação da via administrativa, sob pena de não ser ela considerada, surgiu o Decreto n.º 71.037, de 29 de agosto de 1972, que "estabelece o procedimento administrativo para concessão dos benefícios decorrentes de acidentes do trabalho, regulamenta o artigo 15 da Lei 5.316, de 14 de setembro de 1967, com a nova redação dada pelo Decreto-lei n.º 893, de 26 de setembro de 1969, e dá outras providências".

Após esse decreto regulamentador, não mais é possível afastar-se a exigência do prévio ingresso na via administrativa da previdência social para reclamações de direitos decorrentes da lei acidentária que integrou o seguro acidentário na

previdência social. Cumpre ao acidentado, seus herdeiros ou dependentes, provar que fizeram antes o pedido administrativamente, cumprindo essa condição da ação, sem o que não se configura a pretensão resistida, inexistindo a necessidade da busca ao Judiciário para a solução de um conflito de interesses, ainda não definido.

A matéria é pacífica em nossos Tribunais, todos afirmando a necessidade desse prévio ingresso na via administrativa estabelecida para a Previdência Social. O Egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo já decidiu que: "Via administrativa. Exaustão na vigência do Decreto n.º 71.037/72. Exigência que não vulnera o princípio constitucional que assegura o exame de lesão pelo Poder Judiciário. Carência mantida" (Agravado de petição de n.º 11.426, de Santo André, julgado em 18.12.73). Ou então que: "A partir de 30.8.72, data em que entrou em vigor o Dec. 71.037, exigível tornou-se a prévia exaustão da via administrativa. Nem há que se fazer distinção entre acidente-tipo e doenças do trabalho, no sentido de que apenas na primeira hipótese seria exigível a prévia exaustão da via administrativa" (Agravado de petição de n.º 5.673, de São Bernardo do Campo, Rev. dos Tribs. vol. 455/169).

Admitindo esse ponto, da necessidade do prévio ingresso do interessado na via administrativa, nossos Tribunais têm afirmado, também em entendimento quase pacífico, que após esse ingresso, os prazos constantes do decreto regulamentador devem ser atendidos pelo Instituto Nacional de Previdência Social, sob pena de se considerar esgotada a via administrativa e justificada a via judicial, sob pena de ser burlada a garantia constitucional que todos têm de buscar no Judiciário a apreciação de qualquer lesão ao direito individual.

Não pode o Instituto retardar, sem justa causa, o primeiro exame fixado no decreto regulamentador, após o pedido do segurado. "A preliminar relativa ao esgotamento da via administrativa, como bem anotou a sentença, fica repelida. Bastava o fato de não ter o I.N.P.S. cumprido o quinquídio legal do art. 2.º do Dec. 71.037, para justificar o procedimento judicial" (Agravado de petição de n.º 17.259, da comarca de Santos, julgado em 26.6.74 pela Egrégia 2a. Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, relator o eminente Juiz Álvares Cruz). Ou então, quando decidiu que: "Entre a propositura da ação e a decretação da carência se passaram sete meses, sem nenhuma novidade denunciada nos autos ou então houve mera concessão de benefício previdenciário. Desatendida, assim, ficou a autora na esfera administrativa, pois tanto a demora na realização da perícia quanto a simples concessão de benefício previ-

denciário equivalem a uma final e negativa decisão" (Apelação de n.º 17.100, da Comarca de Santo André, julgada em 20.6.74, votação unânime, pela Egrégia 5a. Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo).

Num outro caso, o v. acórdão diz: "O autor comprovou, a fls. 5, ter recorrido à via administrativa, conforme petição protocolada em 20 de junho de 1973. E ingressou em Juízo em 25 de janeiro de 1974, por decurso de prazo de mais de noventa dias sem solução do pedido.

"Respondeu o Instituto Nacional de Previdência Social que o autor deixou de juntar decisão final da Previdência Social.

"Negou, assim, o óbvio, pois que sequer o fez submeter à perícia, no prazo legal.

"Nessas condições, vencidos todos os prazos normais da lei regulamentadora da concessão administrativa dos benefícios acidentários, sem qualquer culpa atribuída ao obreiro, podia ele considerar esgotada a instância administrativa, para vir a Juízo pleitear o benefício acidentário a que se considera com direito" (Apelação de n.º 19.326, da comarca de São Bernardo do Campo, julgada pela Egrégia 2a. Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil, em 21 de agosto último).

Quando muito, se permite ao I.N.P.S. uma razoável demora no atendimento administrativo, mas nunca a grande demora ou aquela não justificada. Essa a razão que levou a ser julgado que: "Os prazos previstos no Decreto 71.037/72 devem ser rigorosamente observados e toda violação de rígida disciplina procedimental aí estabelecida, se injustificada, e na espécie o é, constitui afronta ao direito constitucional da ação, ficando o obreiro, por isso mesmo, liberto da sujeição necessária à instância administrativa" (Agravo de petição de n.º 17.052, julgado em 22 de agosto de 1974, relator Juiz Kazuo Watanabe, da Egrégia 2a. Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo). Essa demora na marcação do primeiro exame, ou na entrega do seu resultado, ou mesmo na solução do pedido inicial, deverá ser razoável e plenamente justificada, de vez que vai contra uma regulamentação procedimental. Mas, não pode autorizar a inércia, a má-vontade, a desídia ou a falta de justificativa dos órgãos administrativos da Previdência Social.

Esse excesso de prazo já foi examinado em outro v. julgado e ali se deu um critério máximo em que o excesso pode ser admitido: "Legítimo seria o entendimento de que tal denegação de direito somente surge com o excesso de todos os prazos, não a constituindo, só por si o escoamento dos prazos periciais. Mas, é bem de ver que essa ultrapassagem de um ou outro prazo, sem

prejuízo de sua soma, até o montante em que se faria imprescindível a conclusão do procedimento administrativo, deverá estar justificada pela administração, através de fundamentos havidos como razoáveis" (Agravamento de instrumento de n.º 20.349, da comarca de Santos, julgado em 4 de setembro de 1974, relator o Juiz Maércio Sampaio, da Egrégia 5a. Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo).

Outro ponto que tem gerado dúvidas é quanto à prova que se possa exigir de comparecimento ou não do acidentado para o exame pericial, isso porque o I.N.P.S. sempre diz, em defesa, que não deu andamento ao procedimento administrativo por ausência do acidentado. Ora, essa prova, evidentemente, não poderá ser do acidentado, pois depende ele de uma chamada do Instituto, que deverá marcar o dia para o exame conforme a possibilidade dos seus médicos. Cumpre ao acidentado provar que ingressou na via administrativa e que prontificou a ser examinado, dando o seu endereço para ser chamado. Não poderá ele provar que não foi chamado, por ser uma prova negativa. Ao Instituto é que cumpre provar que chamou o acidentado para o exame e que este foi realmente marcado e que não se realizou por culpa do acidentado. Essa prova é fácil para o Instituto, bastando juntar o comprovante da chamada feita por via postal, para o endereço indicado, ou mesmo através da imprensa, quando impossível outra convocação. Temos visto inúmeras chamadas pela imprensa, inclusive marcando dia para exames médicos, feitas pelo Instituto, o que revela que ele, quando quer e lhe interessa, faz a chamada.

Esse ponto não passou despercebido pelo mesmo Egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, quando decidiu: "Ora, **in casu** admite a agravante terem sido ultrapassados os prazos iniciais, e carrega à responsabilidade do autor o não ter comparecido à primeira entrevista, que precede ao exame médico. Não obstante, alega e não prova que o tivesse convocado a tanto. E, menos ainda, justifica o seu excesso de prazo nem alega a prorrogação que se pudesse admitir como justificável. A minguada de justificativa, cabe reconhecer como lícita a providência do obreiro que ingressa em juízo, sem que seja esclarecido da movimentação do seu processo, já fora dos prazos legais" (Agravamento de instrumento de n.º 20.349, da comarca de Santos, já acima citado).

Finalmente, queremos fazer uma observação quanto ao recurso previsto na via administrativa, pelo decreto regulamentador. Serão os recursos ali fixados, para a Junta de Recursos da Previdência Social e, depois, para o Conselho de Recursos da Previdência Social, facultativos ou obrigatórios?

Esses recursos são, evidentemente, facultativos e a sua não utilização não pode impedir o ingresso na via judicial, sob pena de se afirmar a existência da coisa julgada administrativa.

Vemos que o próprio decreto regulamentador, de n.º 71.037/72, diz no art. 4.º: “Não se conformando com o resultado da perícia médica, o acidentado ou seus dependentes, diretamente ou por seu sindicato de classe, **poderá** recorrer à Junta de Recursos da Previdência Social (JPRS)”.

Como se vê, o decreto criou para o acidentado, após o primeiro exame, uma faculdade de recorrer à Junta de Recursos, mas não o obrigou a tanto. É compreensível que assim seja, pois o decreto não poderia dizer que o recurso seria obrigatório, sob pena de não permitir o ingresso na via judicial. Como ficaria, nesse caso, o acidentado que perdesse o prazo para recurso? Ficaria impedido de recorrer administrativamente pelo decurso do prazo para recurso e ficaria impedido de buscar seu direito perante o Judiciário. Surgiria a estranha figura da coisa julgada material administrativa, a impedir a atividade jurisdicional, privativa do Judiciário, com ofensa ao direito constitucional do direito de ação.

Lembremos a lição do grande Pontes de Miranda, quando ensina: “A regra jurídica constitucional do art. 150, § 4.º (atualmente art. 153, § 3.º), em que o legislador constituinte formulou princípio de ubiquidade da justiça, foi a mais típica e a mais prestante criação de 1946. Dirige-se ela aos legisladores (verbis: “A lei não poderá . . .”): os legisladores ordinários nenhuma regra jurídica podem editar, que permita preclusão em processo administrativo, ou em inquérito parlamentar, de modo que se exclua (coisa julgada material) a cognição pelo Poder Judiciário, se a res deducta é direito individual” (Comentários à Constituição de 1967, edição de 1968, vol. V, pág. 100).

O decreto regulamentador usou o verbo “poder”, indicando uma faculdade, não exigindo o recurso, mas mesmo que assim não fosse, não poderia nunca exigir, não só por decreto, mas nem mesmo por lei ordinária, um recurso na via administrativa, a impedir o acesso ao Judiciário. Uma exigência desse tipo; como mostra o mestre Pontes de Miranda, nenhum efeito teria.

O ponto em foco já foi examinado por nossos Tribunais e ficou dito que: “A decisão que concedeu alta clínica poderia ser revista administrativamente, se tivesse havido recurso. Mas o recurso a que se refere o art. 4.º, do mesmo Regulamento, constitui uma faculdade do interessado. Não interposto, no prazo legal, esgotada está a via administrativa. Mas não a judicial, onde pode ser apreciada qualquer lesão de direito individual, confor-

me a Lei Maior" (Agravo de petição de n.º 16.913, da comarca de São Paulo, julgado em 31 de julho de 1974).

A via administrativa foi criada como condição da ação, por tratar-se de meio de solução mais rápida de um direito acidentário pretendido. Só após a negativa de direito pleiteado, após o pedido e exame médico, é que surge o direito de ação inteiro, com o interesse de agir representado pela pretensão resistida. Ora, essa condição da ação não vai surgir só no final da via administrativa, mas já existe com o primeiro conflito de interesses, quando foi negado o direito do acidentado.

Outro v. julgado, do qual foi relator o Juiz Ênio de Barros, ensina que o ingresso na via administrativa é obrigatório, mas não o seu esgotamento com recursos, inclusive aquele à Junta de Recursos. E diz que essa faculdade de recorrer foi colocada no decreto "livrando o diploma da inconstitucionalidade, tornando válida a exigência de ingressar na via administrativa, mas não exigindo o seu recurso, pois ao contrário transformaria a decisão administrativa em coisa julgada, com efeitos, inclusive, quanto ao Poder Judiciário".

Após mostrar que a expressão "poderá" é prova evidente de que se trata de recurso facultativo, conclui: "Em suma, o recurso é um direito do acidentado que dele pode dispor, conforme sua conveniência, pelo que, não havendo recurso, a prova de que trata o § 2.º do art. 15 da Lei 5.316/1967, será o resultado da avaliação médica ou documento evidenciando o pagamento dos 50% de que trata o § 1.º do art. 3.º ou dos 100% se o I. N. P. S. tiver entendido que o acidentado se conformou com o resultado" (Apelação de n.º 19.989, da comarca de São Paulo, julgada em 12 de setembro de 1974, pela Egrégia 1a. Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo).

Facultativo o recurso à Junta de Recursos da Previdência Social, em razão do verbo usado e para que não se procure macular o princípio constitucional do direito de ação, vemos que o segundo recurso, para o Conselho de Recursos da Previdência Social, é declarado expressamente como facultativo pelo decreto regulamentador. Expressamente é dito que com o resultado do julgamento pela Junta de Recursos ou com a prova de que a Junta não decidiu no prazo de noventa dias, o acidentado poderá ingressar na via judicial, estando esgotada a via administrativa. Abre uma faculdade ao segurado de recorrer ao Conselho de Recursos, dizendo que só se houver esse recurso é que não estará esgotada a via da Previdência Social (art. 6.º do Decreto n.º 71.037/72).

Muitas vezes o acidentado alega que ingressou na via administrativa, mas não demonstra que a esgotou e é julgado carece-

dor da ação, mesmo provando antes da decisão que o Instituto já decidiu, depois da inicial apresentada, o pedido administrativo. Alguns v. julgados têm entendido que o momento para se aquilatar se há ou não o interesse de agir é o da propositura da ação, não importando que ele exista posteriormente, ainda que antes da decisão.

Entendemos que, em nome da economia processual, se o autor provar, antes da decisão, que ingressou na via administrativa e que ali seu pedido não foi atendido, estará preenchida a condição da ação. Essa lição já foi dada pelo grande Liebman, quando ensina: "L'essenza anche di una sola di esse induce carenza di azione, e puó essere rilevata, anche d'ufficio, in qualunque grado del processo. D'altra parte é sufficiente che la condizini dell'azione, eventualmente carenti nel momento della propezione della domanda, sopravvengano nel corso del processo e sussistano nel momento in cui la causa viene decisa" (Manuale, vol. I, pág. 40, ed. de 1955).

José Francisco Marques é da mesma opinião e invoca a lição de Chiovenda e Zanzuchí, in "Instituições de Direito Processual Civil", vol. III, n. 679: "Se o fato em que se fundar a pretensão deduzida no pedido ocorrer durante o curso do processo ("jus superveniens"), o juiz deve levar tal fato em consideração para julgamento da causa".

O Colendo Supremo Tribunal Federal já decidiu da mesma forma, em nome do princípio da economia processual, dizendo: "Infringente seria a adoção dos critérios ora impugnados ao princípio cada dia mais relevante da economia processual, esquecer a ocorrência judicial ora indiscutida, levando a parte à propositura da nova ação para alcançar os mesmos propósitos" (rel. Min. Thompson Flores, Rev. Tribs. 460/221).

Na verdade, seria afronta à economia processual dizer-se ao acidentado que na verdade ele fez a prova da decisão administrativa negativa, mas como não o fez com a inicial, seria carecedor da ação proposta, devendo outra ser iniciada. Isso não traria vantagens a ninguém, nem ao autor, nem ao I.N.P.S. e nem à Justiça, pois todos ficariam sujeitos a um novo e igual processo.

Resumindo, vemos que o ingresso na via administrativa, pelo acidentado ou seus dependentes, é obrigatório quando se tratar de pedido com apoio na Lei 5.316, de 1967. Realizando esse ingresso, o Instituto deverá dar o primeiro pronunciamento em cinco dias ou em prazo razoável, mas justificando qualquer atraso, sob pena de ser considerada esgotada a via administrativa. Nenhum atraso poderá ultrapassar o prazo máximo fixado para todo o procedimento administrativo. Ao acidentado cabe a prova do ingresso nessa via não judicial, mas ao Instituto ficará a

prova de que, em seguida, chamou o segurado para submeter-se ao exame marcado ou então a demonstração de que o exame não se realizou por culpa do acidentado, Os recursos administrativos não são obrigatórios, conforme diz o decreto regulamentador e para que não se pretenda afirmar a existência da coisa julgada material administrativa. Finalmente, a prova do preenchimento das condições da ação, feita antes da decisão judicial, não pode justificar a decretação da carência, em atenção ao princípio da economia processual.