

## **Sobre a solução *pro misero* nos processos judiciais de seguridade social**

*On the pro misero solution in social security, welfare and public health care lawsuits*

**Rodrigo Zacharias**<sup>1</sup>

*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

**Cristiane Haik**<sup>2</sup>

*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

**Raul Mariano Junior**<sup>3</sup>

*Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo*

**Sumário.** 1. Introdução; 2. Relações jurídicas trabalhista e previdenciária; 3. Dúvida; 4. Verdade real; 5. Ônus da prova; 6. Ausência de prova bastante; 7. Relação jurídica de custeio: *in dubio pro societate*; 8. Processo judicial previdenciário; 8.1. Hipossuficiência; 8.2. Dúvidas sobre fatos; 8.2.1. Desemprego; 8.2.2. Dependência econômica; 8.2.3. Incapacidade Laborativa; 8.2.4. Atividade rural; 8.2.5. Regime próprio de previdência social; 8.3. Dúvida sobre o direito e casos de difícil solução; 9. Processo judicial de assistência social; 9.1. Requisito subjetivo; 9.2. Requisito objetivo; 10. Processo Judicial em direito à saúde. 11. Considerações finais. 12. Referencias.

**Resumo:** O estudo analisa a dinâmica de aplicação do adágio “solução *pro misero*” nas ações judiciais em que a parte autora postula a concessão de prestações assistenciais, previdenciárias e de saúde, com metodologia baseada em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Distingue-se a mera dúvida da ausência pura e simples de comprovação dos fatos constitutivos do direito alegado. Discorre-se sobre a existência de dúvidas sobre fatos e dúvidas sobre o direito. Parte-se do pressuposto de que a parte autora pode ou não se enquadrar na condição de hipossuficiente e é nessa perspectiva que as respostas são propostas, cabendo a aplicação da solução *pro misero* somente se verificada a hipossuficiência do postulante. Conclui-se que não se pode generalizar sua aplicação em matéria de seguridade social, cabendo considerá-la em dadas situações específicas em processos judiciais onde se buscam prestações assistenciais, previdenciárias e de saúde. Também se conclui que não deve ser observado o referido adágio quando se discutem relações jurídicas de custeio, em que vigora o brocardo *in dubio pro societate*.

**Palavras-chave:** Dúvida. Solução *pro misero*. Hipossuficiência. Seguridade social.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pelo Instituto Toledo de Ensino-Bauru/SP. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Juiz federal. Formador da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

<sup>2</sup> Doutoranda e mestre, ambos em Direito das Relações Sociais (Direito Previdenciário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada e Professora.

<sup>3</sup> Doutor em Direito Processual Civil na Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, nas disciplinas Solução Alternativa de Conflitos e Processo Tributário. Mestrado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juiz Federal. Ex-Diretor Adjunto da ENM – Escola Nacional da Magistratura (2011/2013).

**Abstract.** The essay analyzes the use of the *pro misero* solution in lawsuits in which the claimant postulates the concession of welfare, social security benefits and public health care treatment or medication, with methodology based on bibliographic and jurisprudential research. First of all, the concept of mere doubt is distinguished from the sheer absence of proof. Also, the doubts about the facts and doubts about the interpretation of the Law itself are also discussed. The study is based on the assumption that the claimant may or may not be classified as economic under-sufficient and it is under this perspective that the conclusions are drawn. The application of the *pro misero* solution is only available if the claimant's economic under-sufficiency is verified in the lawsuit. The conclusion is that it is not possible to generalize the application of the foresaid solution in matters of social security, welfare and public health care benefits. It is also inferred that the *pro misero* solution must be avoided with regard to litigation concerning tax revenue affairs allocated to social security budget, cases of which the aphorism *in dubio pro societate* ought to be observed.

**Keywords:** Doubt. *Pro misero* solution. Economic under-sufficiency. Social security.

## 1. Introdução

Partindo da constatação de que a jurisprudência brasileira tem aplicado a solução *pro misero* (princípio, cláusula ou adágio também conhecido por *in dubio pro misero*, *in dubio pro securado* ou *favor operarii*) em litígios envolvendo postulantes a prestações de previdência social, assistência social e saúde, e considerando que a doutrina pátria ainda não se solidificou em torno do assunto, o estudo busca identificar as situações em que se afigura juridicamente possível sua utilização.

O princípio *in dubio pro misero* não é originário do Direito Previdenciário nem do Direito do Trabalho. Tratando-se de brocardo<sup>4</sup> latino, foi usado primeiramente em Direito Penal – como *in dubio pro reo* – e somente após transportado para o Direito do Trabalho.<sup>5</sup>

Não se trata de *princípio*<sup>6</sup>, mas de mera regra de interpretação, parâmetro, norte para o julgamento de casos duvidosos.<sup>7</sup> Nessa condição, o adágio vale para qualquer intérprete, não apenas para o “autêntico”, que na conhecida linguagem de Hans Kelsen<sup>8</sup> é o juiz, ou melhor, o Judiciário.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Serão usados no texto, indistintamente, para se referir à solução *pro misero*, as palavras adágio, máxima, axioma, brocardo e aforisma.

<sup>5</sup> ALVIM, R.C.M., “Crítica da Interpretação e da aplicação da legislação previdenciária”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 34/1981, pp. 19-58, Nov - Dez/1981, nota de rodapé 35 da referida obra; MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 285.

<sup>6</sup> Para a conceituação de princípios e sua distinção das regras, ver ÁVILA, H., *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2019, pp. 60 e ss. Por outro lado, negando a existência dos princípios e tratando-os como regras, ver GRAU, E.R., *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, São Paulo, Malheiros, 2021, pp. 24-26 e 100 e seguintes. Essa discussão, contudo, foge dos limites deste ensaio.

<sup>7</sup> Logo, descabe tratá-lo como uma *norma principiológica* ou um *princípio* em oposição às *regras*, como se supostamente possuísse uma densidade otimizada, geral ou teleológica, tais quais os princípios de seguridade social elencados como objetivos no parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal.

<sup>8</sup> No contexto da metáfora kelseniana da “moldura”, a interpretação do juiz será a “autêntica”<sup>8</sup> e dirá, dentre os possíveis sentidos do texto, o norma específica a ser aplicada na relação jurídica, tida como válida no ordenamento jurídico enquanto compatível com as de superior hierarquia, no sistema escalonado de normas. KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado, Coimbra, Armênio Amado, 1976, p. 463 e seguintes.

<sup>9</sup> Diferentemente de Kelsen, certa doutrina considera como interpretação “autêntica” aquela levada a efeito pelo legislador. “Autêntica”, então, seria “a oriunda do próprio órgão fator da

Cuida-se, portanto, de regra de interpretação dos textos legais<sup>10</sup>, voltada à fixação de uma relação jurídica, não se limitando o tema à mera regra de distribuição do ônus da prova num processo judicial. Tampouco se pode inseri-lo, o adágio, como regra ou princípio de hermenêutica.<sup>11</sup>

Torna-se cabível a utilização do axioma, segundo se tem preconizado por grande parte da jurisprudência e da doutrina nacional, no caso de dúvidas do julgador a respeito da melhor solução para o caso concreto.

O primeiro problema a ser solucionado é o conceito de dúvida, que pode incidir sobre fatos ou sobre a própria interpretação do texto legal. As demais questões decorrem daí.

A primeira coisa que vem à mente, quando se fala em dúvida, é em relação aos fatos debatidos no processo. Encontram-se julgados, em superior instância, abrandando a necessidade de comprovação dos fatos constitutivos do direito da parte autora em ações previdenciárias, como nas demandas de reconhecimento de tempo de atividade rural, em sede de ação rescisória<sup>12</sup>.

Para certa doutrina, todavia, a solução *pro misero* (se tomada como um princípio cogente) abre as portas da seguridade social para a concessão de prestações indevidas, prejudicando a saúde financeira do sistema e colocando em risco a proteção social dos necessitados.

No decorrer do texto, essas e outras questões serão apreciadas.

As conclusões deste trabalho basearam-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscando especificar em quais contextos se pode cogitar a utilização do adágio pelo intérprete, a luz dos regramentos processuais, da natureza dos direitos de seguridade social e da própria condição social dos postulantes.

## 2. Relações jurídicas trabalhista e previdenciária

Para os fins desse ensaio, porém, cumpre fazer a distinção entre as relações jurídica trabalhista e previdenciária. Na primeira, fala-se em princípio *in dubio pro operário* e na segunda, em solução *pro misero* ou princípio *in dubio pro misero*.

Segundo Wladimir Novaes Martinez,

O Direito Previdenciário é, simultaneamente, subordinante, subordinado e convive com o Direito do Trabalho. Em razão da natureza substitutiva da prestação (seu principal instrumento de realização), dos benefícios concedidos durante o curso da relação laboral, da contiguidade (quase todas as contingências são originariamente laborais) e sede comum, é o ramo com o qual mais se relaciona.<sup>13</sup>

Embora o trabalho e a seguridade social sejam direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, aquele trata do direito social do trabalho e suas múltiplas vicissitudes disciplinadas na legislação trabalhista; esta envolve relação jurídica entre segurado e ente público. Aquele decorre de direito fundamental social

---

lei, levada a efeito mediante a confecção de diplomas interpretativos, que, como é sabido, valem lei nova". FRANÇA, R. L., *Hermenêutica Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 24.

<sup>10</sup> A expressão *in dubio pro misero* é, neste trabalho, preterida em favor da "solução *pro misero*", exatamente para evitar que tal adágio ou aforisma seja considerado como um princípio, supostamente compreendido em sua relação com as regras.

<sup>11</sup> Ao passo que a interpretação serve para fixar determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma jurídica, a hermenêutica é a parte da ciência do direito que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira. Cf. FRANÇA, R. L., *Hermenêutica Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 21.

<sup>12</sup> AR 5731 / PR, AR 4041 / SP, AR 4060 / SP, AR 4078 / SP, AR 4601 / SP, AR 4384/SP, AR 1135/SP, AR 3561 / PR, AR 2338/SP, AgRg no Ag 1361956, AR 3625 / SP

<sup>13</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo, LTr, 2020, p. 56.

exercido perante particulares, exceto quando o empregador tem personalidade jurídica de direito público. Essa última envolve um segurado que tem deveres de custeio e faz jus a benefícios no caso da deflagração do fato gerador.

Trata-se de direitos sociais com naturezas diversas (relação de trabalho num caso, relação de proteção social e de custeio noutra) e em razão de seus titulares de direitos e obrigações (empregador e empregado no primeiro caso, segurado e instituto de previdência, no segundo).

No direito do trabalho resta patenteada a hipossuficiência ou inferioridade do empregado em relação ao patrão, ao menos em tese. Há hipóteses de diretores de empresa que vivem situações não tão claras, ora devendo ser tratado como contribuinte individual, ora como empregado, a depender do fato de dirigir ele a empresa ou ocorrer o inverso.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, há regra específica de interpretação no art. 8º<sup>14</sup>.

Já, no direito previdenciário a relação jurídica pode ser enxergada de dois vieses. Para uns, vigora efetivamente uma hipossuficiência informacional e financeira do segurado<sup>15</sup>, de modo que toda a compreensão do direito social parte desse pressuposto. Para essa corrente, a coletividade protegida deve ser considerada autossuficiente em relação à mesma clientela<sup>16</sup>.

Para outra doutrina, trata-se de uma relação jurídica entre hipossuficiente de um lado e a coletividade de hipossuficientes, representada, num órgão do Estado, catalizador das contribuições de toda a coletividade e pagador dos benefícios e prestador de serviços<sup>17</sup>, de outro.

“O direito previdenciário”, seja como for, “apresenta noções e características distintas do Direito do Trabalho. Circunstancial e insitivamente, é disciplina sistêmica, dificilmente dois preceitos concorrem”<sup>18</sup>. Impensável seria, por exemplo, a mera extensão dos preceitos trabalhistas, como a inversão do ônus da prova no processo, tida como característica relevante do processo do trabalho<sup>19</sup>.

Para avançarmos na análise da complexidade do tema, urge abordar desde logo o conceito de dúvida.

### 3. Dúvida

O termo dúvida teria origem na raiz sânscrita *du* e revestiu a forma *duv*, que significaria “estado de espírito entre dois juízos”<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup> “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. § 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. [\(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#) § 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. [\(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#) § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no [art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. [\(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\).](#)”

<sup>15</sup> SAVARIS, J.A., *Direito Processual Previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2021, passim.

<sup>16</sup> MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 285.

<sup>17</sup> ALVIM, R.C.M., “Crítica da Interpretação e da aplicação da legislação previdenciária”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 34, pp. 19-58, Nov - Dez/1981, p. 28.

<sup>18</sup> MARTINEZ, W.N., *Curso de Direito Previdenciário, tomo I*, São Paulo, LTr, 1997, p. 92.

<sup>19</sup> MAGANO, O.B., *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 683.

<sup>20</sup> VICTÓRIA, L. A., *Dicionário da origem e da evolução das palavras*, Rio de Janeiro, Editora Científica, 1963, p. 72.

Noutro passo, dúvida teria origem na palavra latina *dubitatio*, que expressa a incerteza, a hesitação, a demora e a própria dúvida. O adjetivo relacionado é *dubius*, que significa *dúbio, incerto, duvidoso, indeciso, hesitante*<sup>21</sup>. Duvidar, assim, tem sua origem no verbo *dubito* (-as, -are, -aui, -atum).

Para Antonio Geraldo da Cunha, duvidar – que significa não acreditar, não admitir, vacilar, hesitar, desconfiar – tem origem na palavra latina *dubitare*<sup>22</sup>.

Segundo o dicionário Caldas Aulete, dúvida pode ser sinônimo de “suspeita”, “ceticismo”, “incredulidade”, “descrença”, ou “incerteza”, “vacilação”, “hesitação da inteligência entre a afirmativa e a negativa”, ou ainda “indecisão da vontade para obrar ou deixar de obrar”, ou, por fim, “objeção”, “dificuldade para entender ou para admitir como verdadeiro”<sup>23</sup>.

Por fim, merece transcrição o teor do Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva:

Formado de *duvidar* (do latim *dubitare* – hesitar, vacilar, põem em dúvida), exprime na terminologia jurídica, a incerteza em que se está a respeito da verdade, a respeito de um ato ou de uma coisa.

Assim, a dúvida caracteriza-se em não se *saber o certo* a respeito do fato ou da coisa em debate, pelo que se faz mister um *esclarecimento* para a *formação da certeza*. Esta virá, então, desfazer a vacilação, decorrente da incerteza, firmando a verdade pertinente ao que se quer saber.

Vários elementos haverá para o afastamento da dúvida, em regra geradora de toda divergência entre partes contratantes ou entre titulares de direitos: as provas e as presunções (...).<sup>24</sup>

Compreender a dúvida como incerteza sobre a verdade a respeito de ato ou uma coisa não implica afastá-la no caso da compreensão de um texto legal ou de um conjunto probatório formado num processo judicial.

Em todas essas possibilidades – dúvidas sobre ato, fato, texto legal ou o conjunto de provas formado a partir da instrução processual – coloca-se a possibilidade do uso da solução *pro misero*.

O item seguinte versa sobre determinado tipo de verdade, sobre que paira a dúvida no processo civil, no julgamento de direitos fundamentais sociais: a verdade real.

#### 4. Verdade real

Os direitos de seguridade social previstos nos arts. 6º e 194 e seguintes da Constituição Federal constituem *direitos fundamentais sociais*. A importância de qualifica-los como tal está em seu regime constitucional especial, contando com limites materiais à própria competência reformadora, conforme enunciado no art. 60, § 4º, IV, da Constituição, além da aplicabilidade imediata de seus preceitos, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Os *direitos fundamentais sociais* são aqueles garantidos por meio de normas constitucionais, embora se possa identificar direitos dessa magnitude não previstos expressamente<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> REZENDE, A.M.; BIANCHET, S.B., *Dicionário de Latim Essencial*, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2019, p. 117.

<sup>22</sup> CUNHA, A.G., *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Lexicon, 2010, p. 232.

<sup>23</sup> CALDAS AULETE, *Diccionario Contemporaneo da Lingua Portuguesa*, 2ª ed., 1º vol., Lisboa, Parceria Antonio Maria Pereira, 1925.

<sup>24</sup> DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

<sup>25</sup> LEIVAS, P.G.G., *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre, Livraria do advogado, 2006, p. 89.

Este trabalho aborda o tema da dúvida no julgamento de causas relativas a direitos de tal magnitude.

O intuito do processo civil moderno, de teor publicístico, é atingir, na medida do possível, a *verdade real*, muito diversamente da vetusta concepção privatística do processo civil oriunda do Direito Romano.

A *verdade real* foi elevada à categoria de princípio aplicável ao processo civil brasileiro, segundo a lição de Humberto Teodoro Junior, para quem:

Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito.<sup>26</sup>

Com efeito, tratando-se de ações em que se discutem direitos fundamentais sociais de seguridade social, não se pode compreender o processo civil sob um prisma meramente formal.

A fundamentalidade do direito social em litígio – seguro social, assistência e saúde – faz com que não se possa aceitar uma decisão que não seja produzida no bojo de um processo civil enriquecido com os regramentos do devido processo legal. Ou seja, um processo justo.

A *verdade real*, em processo civil, encontra sua sede plena quando discutidos judicialmente direitos de seguridade social. Tanto que, para certa doutrina<sup>27</sup>, o processo civil previdenciário deve atender a métodos próprios de estudo, enquanto subsistema processual com qualidades próprias aptas à tutela dos direitos fundamentais sociais envolvidos, diretamente interligados à dignidade da pessoa humana.

## 5. Ônus da prova

O problema do ônus da prova se põe nos casos em que o juiz, após encerrada a instrução, não chega a uma conclusão a respeito de acolher ou não a pretensão posta em juízo.

Ônus é diverso do dever, consistindo esse último na conduta prescrita em lei no interesse de outrem, que pode exigir seu cumprimento sob pena de receber sanções. Cuida-se de um encargo previsto em lei atribuído às partes em seu próprio interesse e, se não o cumprirem, sujeitar-se-ão a uma situação de desvantagem. Recorrer, por exemplo, é um ônus, assim como comprovar os fatos constitutivos de seu direito, no caso do autor de uma demanda<sup>28</sup>.

Portanto, se a parte provar suas alegações, terá melhores condições de participar da formação do convencimento do juiz e obter uma decisão favorável. Caso não o faça, corre o risco de perder a demanda.

A regra contida no art. 373, incisos I e II, é considerada uma *regra de julgamento ou de juízo*, portanto dirigida ao juiz. A parte autora deve comprovar os fatos constitutivos de seu direito, ao passo que o réu deve provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos desse suposto direito. O julgador somente se

<sup>26</sup> THEODORO JUNIOR, H., *Curso de Direito Processual Civil – Vol. I*. Rio de Janeiro, Forense, 2019, item 34. No mesmo sentido, SAVARIS, J.A., *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba, Alteridade, 2019, P. 103-107.

<sup>27</sup> SAVARIS, J.A., *Direito Processual Previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2019, p. 58.

<sup>28</sup> WANBIER, T.A.A.; CONCEIÇÃO, M.L.L.; RIBEIRO, L.F.S.; MELLO, R.L.T., *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 648.

valerá da regra se, no momento de decidir, após a instrução, não lhe foi possível chegar a uma conclusão a respeito de determinado elemento relevante do processo<sup>29</sup>.

O juiz não pode deixar de julgar sob o fundamento de que tem dúvida acerca das alegações das partes, nem poderá estender indefinidamente a fase instrutória, até que forme um juízo de certeza, "que é, em verdade, inalcançável"<sup>30</sup>.

Estabelecido isso, a questão do cabimento da solução *pro misero* se insere nesse contexto de dúvida, mas o adágio não é de exclusividade do juiz, repita-se.

Não há, decerto, na legislação processual, qualquer regra específica acerca do ônus da prova em ações judiciais de seguridade social, de modo que, em princípio, o art. 373, I e II, do CPC, também se aplica a tais ações.

A possibilidade de inversão do ônus da prova, prevista no parágrafo 1º do referido artigo, apresenta-se em tese como inadequada, em princípio, nas ações de seguridade social, dada a dificuldade de se conceber uma atuação do ente público (Instituto Nacional do Seguro Social, União, Estados, Distrito Federal e Municípios) no sentido de obter prova em favor da parte adversa.

Os princípios da legalidade, da eficiência e da supremacia do interesse público tornam inviável tal inversão em desfavor do ente político, salvo hipóteses extremas.

Sim, tal inversão não pode ser teoricamente afastada porquanto há casos em que pode se mostrar necessária, como nas hipóteses em que o ente público pratica, ele próprio, ato incompatível com a legalidade, a eficiência. Por exemplo, a autarquia previdenciária, na posse de algum documento ou registro da parte autora, perde-o nos escaninhos burocráticos. Eis um caso em que a parte autora se vê privada da possibilidade de comprovar eventual direito alegado, experimentando prejuízo mercê de omissão da parte contrária.

Seja como for, a doutrina distingue o interesse público primário (de toda a coletividade) do secundário (da Administração Pública). O objeto da tutela dos direitos fundamentais sociais é o primário, registrando-se que pode haver uma "zona de interseção" entre eles, de sorte que será possível, em dadas situações, haver coincidência entre ambos<sup>31</sup>. Nesse último exemplo, de excepcionalidade da inversão do ônus da prova, o interesse público primário deve prevalecer.

Infere-se que a facilidade, dificuldade ou impossibilidade está relacionada ao aspecto técnico e não econômico, pois em relação a este há as regras da assistência judiciária gratuita<sup>32</sup>.

## 6. Ausência de prova bastante

Esclarecido o significado da dúvida, cabe delimitar o tema a fim de se estabelecer em quais casos a cláusula da solução *pro misero* é de ser considerada.

Porém, antes disso, urge distinguir a dúvida de outras situações ocorridas nos processos judiciais que envolvem direitos de seguridade social.

Como aponta Wladimir Novaes Martinez<sup>33</sup>, dúvida não se confunde com ausência de provas.

Quando o juiz se sentir inseguro a respeito da solução da demanda em face do quadro probatório insuficiente, o julgamento deve partir do pressuposto de que o

---

<sup>29</sup> WANBIER, T.A.A; CONCEIÇÃO, M.L.L.; RIBEIRO, L.F.S.; MELLO, R.L.T., *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 648.

<sup>30</sup> WANBIER, T.A.A; CONCEIÇÃO, M.L.L.; RIBEIRO, L.F.S.; MELLO, R.L.T., *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 648.

<sup>31</sup> Cf. *Constituição Federal Interpretada*. FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.), São Paulo, Manole, 2020, p. 744.

<sup>32</sup> WANBIER, T.A.A; CONCEIÇÃO, M.L.L.; RIBEIRO, L.F.S.; MELLO, R.L.T., *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 648.

<sup>33</sup> MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 282.

fato constitutivo do direito não está provado e rejeitar a pretensão de seguridade social, seja ela previdenciária, assistenciária ou de saúde, com base no art. 373, incisos I e II, do CPC.

Na melhor das hipóteses, cabe-lhe extinguir o processo sem resolução do mérito, quando ausente início de prova material, com fulcro no art. 485, IV, do CPC (Tema 629-STJ)

Tais regras processuais valem para as lides previdenciárias, assistenciárias e sanitárias? A resposta é sim, à míngua de qualquer regra de hermenêutica positivada na legislação de seguridade social.

Wladimir Novaes Martinez<sup>34</sup> entente pela inviabilidade de aplicação da solução *pro misero* quando, diversamente do caso da dúvida, não houver comprovação dos fatos constitutivos do direito do postulante:

Do exposto, resulta existirem dúvidas quanto a ato, fato e quanto a direito. A falta de provas não se situa no campo de aplicação do princípio. Na impossibilidade absoluta de comprovação de fato, há de socorrer-se ao princípio como se dúvida fosse. Se a dúvida é quanto ao direito ela deve ser resolvida pelo princípio da norma mais favorável ou pelo princípio da interpretação extensiva ou restritiva, conforme a matéria.

A solução *pro misero*, assim, é incabível nos casos de insuficiência probatória em relação aos fatos controversos (comprovação ou não de doença, necessidade de tratamento, miserabilidade, deficiência, incapacidade, ocorrência ou não de acidente, ausência para fins de pensão por morte etc), nos processos judiciais em matéria de saúde, previdência social e assistência social.<sup>35</sup>

Noutro passo, quando exsurgirem dúvidas sobre questões técnicas – *verbi gratia*, divergência de cálculos nas ações de revisão dos tetos das EC 20/98 e 41/2003 – não é o caso de ser aplicada o adágio, uma vez que a solução demanda análise precisa. Sobre a técnica não pode o julgador tolerar a dúvida. Havendo mais de uma perícia divergente, cabe a designação de uma terceira, para aclarar eventual dúvida do julgador.

## **7. Relação jurídica de custeio: *in dubio pro societate***

Quando se trata de julgar as ações judiciais de seguridade social, primeiramente é preciso fazer uma distinção entre as relações jurídicas previdenciária e de custeio, consideradas *autônomas* no sentido de que o pagamento de contribuições não garante, só por só, a concessão de um benefício previdenciário, já que para tanto é preciso que se atentam outros requisitos como fato gerador, filiação ou carência.

Não é incomum a propositura de ações judiciais por segurados que, na condição de contribuintes, questionam a incidência ou mesmo o valor das contribuições previdenciárias, previstas nos artigos 20 e seguintes da Lei n. 8.212/91.

O segurado-contribuinte pode ingressar com ação judicial para impugnar a incidência da contribuição previdenciária sobre décimo-terceiro salário, terço de férias, ganhos não habituais etc. Pode, ainda, impugnar o lançamento de uma contribuição sob a alegação de que não houve o fato gerador da contribuição, alegando, por exemplo, que não houve exercício do trabalho.

<sup>34</sup> MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 287.

<sup>35</sup> Em matéria de direito do trabalho, indicando sinal de atecnia, os tribunais por vezes levam o brocardo “ao extremo” mesmo em matéria de fato, optando, em casos de dúvida, de julgar o dissídio em favor do trabalhador. Ver MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 287.

Tratando-se de relação jurídica de custeio, não há falar-se em solução *pro misero*. Se a dúvida é relacionada a obrigações, destacar-se-á em favor do interesse geral, o da "clientela protegida", ou seja, aplicando-se o *in dubio pro legis*, recorrendo-se às regras de interpretação do Direito Tributário<sup>36</sup>. Tal se dá porque a aplicação do postulado não resulta em desproteção, mas em garantia do erário, que implica garantia do próprio beneficiário.

Nessa linha de pensamento, tratando-se de uma relação jurídica de custeio e partindo da premissa de que a contribuição social é um tributo (art. 3º do Código Tributário Nacional), concordamos que não se mostra admissível, nessa seara, aplicar o brocardo da solução *pro misero*.

## 8. Processo judicial previdenciário

Em se tratando de relação jurídica previdenciária de proteção, aquela em que a parte em tese faz jus a um benefício (de prestação ou serviço) a ser concedido e mantido pelo INSS, cabe fazer a distinção entre determinadas contingências e também entre certos segurados.

Antes de fazê-la, convém reiterar que a doutrina não é vacilante a respeito da aplicação da solução *pro misero* em ações previdenciárias.

Certa corrente considera indevida sua aplicação indiscriminada em ações previdenciárias. Esse é o pensamento de Marly Antonieta Cardone<sup>37</sup>:

Por outro lado, o princípio de interpretação *in dubio pro operario* não é também utilizado no seguro social, pois a colocação não é de hipossuficiência em face do auto-suficiente, mas a de hipossuficiência face à coletividade de hipossuficientes.

No mesmo diapasão é o parecer de Elcir Castelo Branco<sup>38</sup>, para quem:

A previdência em si já é um instrumento social, por isso não vinga o pretexto de aplicar a lei com vista no interesse social. Este raciocínio é falso. O interesse social maior é que o seguro funcione bem, conferindo as prestações a que se obrigou. Se lhe é transmitida uma carga acima do previsto, compromete-se a sua liquidez financeira: ponto nevrálgico da eficiência de qualquer seguro. O prius que se outorga sairá do próprio conjunto de segurados, em virtude da pulverização do risco entre eles. Nesta circunstância o seguro se torna custoso e socialmente desinteressante, indo refletir no preço dos bens produzidos, influndo de maneira maléfica sobre os demais contribuintes, os quais têm de suportar o que se outorga alargando as obrigações do órgão segurador em favor de pretensões lamuriosas.

Outros autores não afastam a aplicação do princípio, mas recomendam cautela, pois a aplicação indiscriminada pode gerar sérias distorções no sistema de proteção social.

Nesse ponto, convém trazer o aporte de Rui Carlos Machado Alvim<sup>39</sup>:

---

<sup>36</sup> MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 292.

<sup>37</sup> CARDONE, M.A., *Seguro Social e Contrato de Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1973, p. 147.

<sup>38</sup> BRANCO, E.C., *Segurança Social e Seguro Social, 1º volume*, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1975, São Paulo, pp. 127-128.

<sup>39</sup> ALVIM, R.C.M., "Crítica da interpretação e da aplicação da legislação previdenciária", *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 34, pp. 19-58, Nov - Dez/1981, p. 28

Ou seja, num dos vértices o segurado individualmente considerado, noutra a seguradora, entidade pública. Daí surgem as primeiras objeções à aplicação sem vezo crítico, porque, realmente, significados diferentes apresentam o acato ao mesmo princípio conforme se o disponha contra o empregador ou contra, em última instância, a própria coletividade, representada pelas plúrimas contribuições sociais. A adotar-se invariavelmente o *in dubio pro misero* muitas vezes se cometeriam injustiças na medida em que o benefício pessoal - sem a necessária auscultação de seu real direito - se reverte em prejuízo da comunidade de segurados, os quais não contribuem para o sustento dos que não preenchem as condições de tempo de serviço ou de invalidez ou de dependência, *verbi gratia*, exigidas.

Demais, outro raciocínio convida à mesma posição de moderação: hodiernamente a previdência social abarca não somente empregados, estendendo seu manto a empregadores, a profissionais liberais, a diretores de empresa, cidadãos de situação econômica privilegiada, redundando a aplicação inveterada da máxima num desserviço à justiça social.

Hodiernamente, Miguel Horvath Junior<sup>40</sup> apresenta entendimento análogo:

No Brasil, esse princípio foi consagrado como *in dubio pro misero*. Ocorre que, ao adotar-se invariavelmente o *in dubio pro misero* em relação aos segurados ou beneficiários, muitas vezes, cometem-se injustiças, na medida em que o benefício pessoal - sem a necessária auscultação do seu real direito - se reverte em prejuízo à comunidade de segurados, os quais contribuem para o sustento dos que não preenchem as condições de tempo de serviço ou de invalidez ou dependência, *verbi gratia*, exigidas.

Demais, outro raciocínio convida à mesma posição de moderação: hodiernamente, a previdência social abarca não somente empregados, estendendo seu manto protetivo também a empregadores, a profissionais liberais, a diretores de empresa, cidadãos de situação econômica privilegiada, resultando na aplicação do *in dubio pro misero* indiscriminadamente, num desserviço à justiça social e consistindo num ônus sistêmico adicional.

Uma outra tendência doutrinária é favorável à aplicação do princípio, provavelmente alcançando a maioria.

Por exemplo, Wladimir Novaes Martinez<sup>41</sup> assevera que:

Ocorrendo dúvida realmente, e se ela refere-se à proteção, afirma-se como conclusão, deve ser resolvida a favor do beneficiário. Assim, pender-se-á pela filiação, presença da incapacidade, realização da necessidade social, direito à prestação. Alegando-se, a tempo, certa doença ou enfermidade, e esta vem a ser a causa mortis, sem ser

---

<sup>40</sup> HORVATH JÚNIOR, M., *Direito Previdenciário*, Rideel, São Paulo, 2020, pp. 70-71.

<sup>41</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário, tomo I*, São Paulo, LTr, 1997, p. 99.

periciado em vida o segurado, além da pensão cabe o auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

De outra parte, muitos doutrinadores que contribuem para a formação da doutrina do direito da seguridade social pátrio optaram por não abordar o espinhoso tema<sup>42</sup>.

A análise de julgados de instância superior, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça e da Turma Nacional de Uniformização, leva o estudioso à constatação de que o adágio vem sendo aplicado em vários cenários. Deste modo, prosseguiremos o presente trabalho fazendo as distinções devidas quanto à aplicação do brocardo em diferentes situações concretas.

### 8.1. Hipossuficiência

Grande parte das ações previdenciárias visando à concessão de benefícios por incapacidade permanente ou temporária ou por deficiência, aposentadoria programada<sup>43</sup>, aposentadoria por idade da pessoa com deficiência, seguro-desemprego, pensão por morte, tem como autores pessoas que não são autossuficientes.

A questão primordial, portanto, é identificar a *hipossuficiência*, conceito que não pode equiparado à miserabilidade exigida para a concessão do benefício assistencial.

Cesarino Júnior<sup>44</sup> consagrou o então neologismo *hipossuficiente*, geralmente usado para denominar as pessoas necessitadas, carentes, pobres.

Em edições pretéritas à reforma ortográfica, Dicionário Houaiss define o termo como "pessoa de poucos recursos econômicos, que não é auto-suficiente".<sup>45</sup> O Dicionário Melhoramentos, por sua vez, considera hipossuficiente a "pessoa que é economicamente muito humilde; que não é auto-suficiente".<sup>46</sup> Para o Dicionário Aurélio, nos termos hoje contidos no aplicativo para celular, significa: "Diz-se de, ou pessoa que é pobre na acepção legal do termo e que faz jus ao benefício da assistência judiciária gratuita, ou daquele que, por razões econômicas ou técnicas, não tem como fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito".<sup>47</sup>

Todavia, o termo não é utilizado apenas no campo da previdência ou da assistência social, já que nele também se fala quando da análise dos critérios para a concessão da justiça gratuita.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor usa a palavra ao referir-se aos consumidores que, em seu favor, têm assegurada a possibilidade de inversão do ônus da prova, em caso de comprovação dessa inferioridade, no curso do processo (art. 6º, inciso VIII, da Lei n.º 8.078/90).

Segundo Luiz Antonio Rizzatto Nunes<sup>48</sup>, o significado da hipossuficiência no CDC não é econômico, mas sim técnico, porque a própria vulnerabilidade do consumidor é técnica "no sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço (...)". Daí que, nas relações de consumo, ainda que o

---

<sup>42</sup> Para citar apenas alguns exemplos de obras importantes, dentre tantas outras: SIMÕES, A., *Princípios de Segurança Social*, São Paulo, 1967; MARTINS, S.P., *Direito da Seguridade Social*, São Paulo, Saraiva, 2020; CASTRO, C.A.P.; LAZZARI, J.B., *Manual de Direito Previdenciário*, Rio de Janeiro, Forense, 2020; IBRAHIM, F.Z; BRAGANÇA, K.H.; FOLMANN, M., *Curso de Direito Previdenciário*, Niterói, Impetus, 2021.

<sup>43</sup> Com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019 e das posteriores adequações havidas no Regulamento da Previdência Social pelo Decreto nº 10.410/2020, a antiga aposentadoria por idade passou a ser denominada aposentadoria programada.

<sup>44</sup> CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1970, p. 421.

<sup>45</sup> *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001

<sup>46</sup> *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo, Melhoramentos, 1999.

<sup>47</sup> *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. São Paulo, Positivo Soluções Didáticas Ltda., 2010.

<sup>48</sup> NUNES, L.A.R., *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material – Arts. 1º ao 54*, São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 23-24.

consumidor seja economicamente poderoso, haverá a possibilidade de inversão do ônus da prova.

No entanto, em processo previdenciário inadmissível seria proceder à inversão do ônus da prova, diante da ausência de previsão legal, pelas razões apontadas alhures.

O que significa, ao final das contas, hipossuficiência para fins previdenciários?

Para uma corrente, todo o segurado é hipossuficiente informacional e econômico, devendo, por isso, ser tratado o processo previdenciário como um sistema diferenciado do processo civil comum, voltado à primazia da proteção social.

Segundo José Antônio Savaris<sup>49</sup>:

O autor de uma ação previdenciária é presumivelmente hipossuficiente. Trata-se de uma hipossuficiência econômica e informacional, assim considerada a insuficiência de conhecimento acerca de uma situação jurídica, seus direitos e deveres. Em face da grande complexidade dos mecanismos de proteção e respectiva legislação, os indivíduos não se encontram em situação de tomar decisões de forma informada e responsável, tendo em conta as possíveis consequências.

Entendemos, porém, que se trata de situação a ser aferida no caso concreto nas ações previdenciárias, como já referido alhures.

Em algumas ações previdenciárias a parte autora não pode ser considerada *hipossuficiente*, como certos contribuintes individuais (médicos, diretores de grandes empresas, professores universitários, advogados) ou empregados com alta remuneração, que, *v.g.*, litigam em ações revisionais que discutem o teto dos benefícios previdenciários.

Duvidoso é o acerto de uma concepção que enxerga o autor de uma ação previdenciária sempre como um relativamente incapaz, necessitado de tutela estatal, como se só o Judiciário soubesse a real dimensão da proteção social, desprezando-se pura e simplesmente a responsabilidade individual e a subsidiariedade na atuação do Estado<sup>50</sup>.

Estabelecido isso, consideramos que nem todo autor de ações previdenciárias pode ser tachado de *hipossuficiente*. Alguns ostentam característica de autossuficiência financeira e informacional.

## 8.2 Dúvidas sobre fatos

É preciso, nesse passo, chamar novamente a atenção do leitor para a distinção entre as situações de *ausência de prova* e de *dúvida propriamente dita*.

Quando não foram provados os fatos constitutivos do direito da parte, o resultado é a improcedência do pedido, exceção feita aos casos de extinção do julgamento sem resolução do mérito. Dúvida é algo diverso, como já referido alhures.

De todo modo, hesitação, suspeita, ceticismo, incredulidade, descrença, ou incerteza, vacilação e a dificuldade para entender ou para admitir como verdadeiro são palavras que adquirem contornos dramáticos nas causas previdenciárias.

O juiz experiente deve esforçar-se por distinguir o cenário de não comprovação dos fatos constitutivos do direito do pretendente daquele em que vigora a dúvida razoável. Claro que há aquela zona cinzenta entre um e outro caso. Fora isso, a compreensão do mesmo *quadro* vai depender do olhar do sujeito, da época, do local e de outros fatores externos ao controle humano.

<sup>49</sup> SAVARIS, J.A., *Direito Processual Previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2019, p. 63.

<sup>50</sup> CF. MARTINS FILHO, I.G., *A necessidade de reformas para promover o bem comum da sociedade*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-01/ives-gandra-filho-necessidade-reformas-prol-bem-comum>. Acesso em 28.4.2021.

Em caso de dúvida razoável, o intérprete – não somente o juiz – deverá analisar a condição social do segurado. Havendo *hipossuficiência*, em regra deve o julgador valer-se da solução *pro misero*, mas não em todos os casos, como se verá adiante, ao serem apresentados alguns exemplos.

### 8.2.1 Desemprego

Dúvidas sobre a *qualidade de segurado* é uma das hipóteses em que mais se depara o juiz de causas previdenciárias, como, v.g., quando há incerteza acerca do desemprego para fins de extensão do período de graça (art. 15, § 1º, da Lei n. 8.213/91).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem considerando possível a comprovação por qualquer meio<sup>51</sup>, não apenas por registro no Ministério do Trabalho, exigido pelo art. 15, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

A mera ausência de vínculo na Carteira de Trabalho não é suficiente para comprovar desemprego, consoante entendimento da Turma Nacional de Uniformização (PEDILEF 2008.33.00.700541-2/ BA).

Com isso, tratando-se de processo que tramita nas instâncias ordinárias, surgindo dúvidas sobre o desemprego e caso ainda não produzida prova para tal fim, poderá o juiz determinar a conversão do julgamento em diligência, para propiciar à parte autora a comprovação de tal circunstância.

Coletada prova testemunhal e havendo dúvida, cabe o julgamento em favor da parte autora, no sentido de se reconhecer o desemprego, de modo a se reconhecer a manutenção da qualidade de segurado. Tal solução prestigia a proteção social, mesmo porque o problema da qualidade de segurado, as mais das vezes, exsurge diante de quadros de alta vulnerabilidade social, sobretudo em litígio acerca de benefícios por incapacidade e pensão por morte.

### 8.2.2 Dependência econômica

A comprovação de dependência econômica nos processos judiciais de pensão por morte também é outro caso bastante comum nas ações previdenciárias.

O art. 16, § 4º, da Lei n. 8.213/91 exige comprovação da dependência em relação ao segurado falecido, quando o postulante são os pais, filhos maiores inválidos ou com deficiência intelectual ou mental, ou irmão incapaz.

Em relação aos cônjuges e companheiros, a presunção de dependência econômica é absoluta (TNU: PEDILEF 0030611-06.2012.4.03.6301/SP), ainda que receba benefício previdenciário próprio.

Contudo, em relação aos filhos maiores, por vezes a própria parte autora da ação é titular de benefício previdenciário por incapacidade, como auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, ou mesmo está no gozo de outra pensão por morte. Nesses casos, a dependência econômica é relativa, devendo ser provada (TNU: PEDILEF 0500518-97.2011.4.05.8300/ PE).

Em caso de dúvida nesse último caso, a solução *pro misero* se impõe na maior parte dos casos, notadamente quando a parte autora na ação judicial recebe benefício de salário mínimo.

Diversa é a situação, porém, quando o autor da ação recebe benefício de valor mais significativo, mais perto do teto legal, como no caso dos valores sujeitos

---

<sup>51</sup> REsp 1706851/SP, EDcl no AgRg no Ag 1360199/SC, e AR 3528 / SP, onde trecho da ementa dispõe: "A Terceira Seção consolidou entendimento segundo o qual o registro mencionado no dispositivo em comento "não pode ser tido como o único meio de prova da condição de desempregado do segurado", porquanto o preceito "deve ser interpretado de forma a proteger não o registro da situação de desemprego, mas o segurado desempregado" (Pet 7115/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe de 6/4/2010)." No mesmo diapasão, a súmula 27 da Turma Nacional de Uniformização.

à alíquota contributiva de 14% (de R\$ 3.305,23 a R\$ 6.433,57, tabela vigente para o ano de 2021).<sup>52</sup> Aqui descabe falar-se na aplicação do aforisma.

### **8.2.3 Incapacidade laborativa**

Outro caso frequente é a dúvida sobre a incapacidade laborativa, talvez a hipótese mais significativa dos processos que tramitam na Justiça Federal, ao menos nos Juizados Especiais Federais.

Via de regra o perito apresenta conclusão sobre as alegações das partes: incapacidade, capacidade ou incapacidade parcial.

Por vezes, consigna na perícia que não está comprovada a incapacidade; noutras, surge incerteza quanto à data inicial da incapacidade (DII).

A fixação da DII poderá implicar a perda da qualidade de segurado, pelo término do *período de graça* (art. 15 da Lei n. 8.213/91). Ou poderá resultar no reconhecimento da incapacidade preexistente à filiação ou à refiliação, contexto que veda a concessão do benefício (art. 42 da Lei n. 8.213/91).

Havendo dúvidas nessas duas situações, entendemos pertinente a solução *pro misero* apenas no primeiro caso. No segundo, há que se fazer uma distinção: somente quando o retorno à filiação ocorre depois de pouco tempo após o término das contribuições, pode-se cogitar da aplicação do adágio

Com efeito, há que ser feito um *discrímen*. Se o segurado fica pouco tempo sem contribuir, por exemplo quando cessa um benefício por incapacidade e é proposta nova ação depois de poucos anos, em casos de dúvida sobre a DII nos casos de agravamento, deve o juiz acatar a solução *pro misero*.

Porém, quando o segurado permanece longo período sem contribuir (10, 15, 20, 30 anos) e retorna à filiação quando já gravemente doente, a dúvida a respeito da DII resolve-se em favor do ente previdenciário. Em tais casos, exige-se um mínimo de boa-fé do segurado, de modo que não cabe a concessão de benefício previdenciário a quem retorna à filiação de modo oportunista, quando incapaz ou em vias de se tornar incapaz<sup>53</sup>. Enfim, a utilização do adágio se mostra razoável apenas no primeiro caso.

Em processos de pensão por morte, a incapacidade do *de cuius* que falecer sem ostentar a qualidade de segurado pode ser questão duvidosa. Mas, quando há alegação tempestiva de doença que leva ao falecimento, eventuais dúvidas devem ser dissipadas em favor do dependente.

### **8.2.4 Tempo de atividade rural**

Dada a informalidade das relações no campo, o trabalhador rural não tem as melhores chances de comprovar sua labuta no campo, mercê de quê se subsume na condição de hipossuficiente.

No entanto, a legislação previdenciária exige início de prova material para a comprovação da atividade rural (art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91). A súmula n. 149 do Superior Tribunal de Justiça confirmou o teor da regra.

Diante da ausência de início de prova material, vedada se mostra ao julgador a aplicação da solução *pro misero*. A matéria já foi apreciada pelo órgão encarregado de uniformizar a jurisprudência do direito nacional e a questão se encontra, insistimos, sumulada.

Não obstante isso, por outras vias o Superior Tribunal de Justiça acabou consolidando jurisprudência favorável ao trabalhador rural em algumas situações.

No julgamento da tese relativa ao Tema 638, o STJ considerou-se possível o reconhecimento de tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo, desde que amparado por convincente prova testemunhal, colhida sob contraditório.

<sup>52</sup> Valores instituídos pela portaria SEPRT/ME Nº 477/2021, de 13 de janeiro de 2021.

<sup>53</sup> Nesse ponto entra em questão a necessidade de as pessoas, em suas diversas relações jurídicas, agirem com boa-fé objetiva, tal qual prevista no art. 422 do Código Civil.

No Tema 629, entendeu que, no caso de trabalhador rural, a ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 485, IV do CPC) nos casos em que a atividade rural não foi comprovada por ausência de início de prova material.

E no Tema 554, o STJ entendeu que ao trabalhador "boia-fria" também se aplica a Súmula nº 149 mas, considerando a dificuldade probatória da condição de trabalhador campestre, a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não ofende a referida súmula, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal.

Fora dessas hipóteses apontadas nos Temas 554, 629 e 638, entendemos que a precariedade da prova produzida em ações de aposentadoria por idade rural não admite a solução *pro misero*. Tal se dá não somente pela cautela legal positivada (art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91), mas também porque se trata do único benefício não contributivo inserido na lei previdenciária (art. 39, I, da Lei 8. 213/91) que convive num regime contributivo (art. 201, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da EC 20/98).

Isto é, o benefício não contributivo do trabalhador rural que tem o mesmo valor (um salário mínimo) da maioria dos benefícios concedidos e mantidos pela previdência social contributiva. Por uma questão de coerência do sistema, não se admite a solução *pro misero* no caso de ausência de início de prova material.

### **8.2.5 Regime próprio de previdência social**

Tratando-se de litígio previdenciário envolvendo segurado servidor público em Regime Próprio de Previdência social (art. 13 da Lei n. 8.212/91), em tese a solução *pro misero* é inadequada, por se presumir a *autossuficiência* do funcionário do Estado, exceto se patenteada a hipossuficiência de modo bastante claro no processo.

Há servidores públicos braçais que laboram para Municípios – serventes em creches, escolas, coveiros, garis, lixeiros etc – que certamente se subsumem ao conceito de *hipossuficiente*, mostrando-se plenamente aplicável o adágio.

Nos demais casos, não se pode olvidar que os regimes dos servidores públicos propiciam, via de regra, ao segurado inúmeras vantagens não previstas no Regime Geral da Lei n. 8.213/91, razão por que, fora das hipóteses de hipossuficiência relacionadas, não há espaço para o axioma que é tema deste ensaio.

### **8.3 Dúvida sobre o direito e casos de difícil solução**

O legislador não teria como regular todos os conflitos, nem seria desejável fazê-lo. Em casos de lacunas, não havendo norma expressa a ser aplicada na solução da lide previdenciária, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que o juiz deverá buscar a solução com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.

Trata-se de hipótese raríssima em seguridade social, seja diante da extensiva proteção social hospedada no sistema, seja diante da impossibilidade de o juiz criar ou estender benefícios não expressamente previstos, mercê do *princípio da contrapartida* (art. 195, § 5º, da Constituição Federal<sup>54</sup>).

Um exemplo pode ser encontrado no caso da *incapacidade parcial* decorrente de doença, não de acidente (de trabalho ou de qualquer natureza). Vindo a incapacidade parcial de acidente, o art. 86 da Lei n. 8.213/91 prevê a concessão de

---

<sup>54</sup> "§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total."

auxílio acidente, que também deve ser aplicável no caso de doença profissional ou do trabalho (art. 20, I e II, da Lei n. 8.213/91).

Mas não há previsão normativa de concessão de auxílio-acidente no caso de parcial incapacidade decorrente de doença não surgida no ambiente de trabalho. É hipótese em que cabe apenas ao legislador atentar-se ao *déficit de proteção social* e agir no sentido de cobri-lo, e não ao julgador, a quem está vedada a extensão do benefício, por força do art. 195, § 5º, da CF.

Vale dizer, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito são inaplicáveis ao direito da seguridade social, ao menos no tocante ao preenchimento de eventuais vácuos de proteção social, porquanto somente por meio de prévio custeio se permite a criação ou extensão de benefícios de seguridade social.

Em verdade, conquanto não seja fácil identificar propriamente uma hipótese de "ausência de norma", dada a extensa legislação brasileira, o que pode surgir são os chamados "casos de difícil solução", denominados *hard cases*<sup>55</sup>. Estes podem surgir quando não houver regra aplicável ao caso concreto (lacunas) ou quando há mais de uma regra em tese cabível.

Segundo Ronald Dworkin, casos controversos (ou casos de difícil solução ou *hard cases*) são aqueles em que "*the result is not clearly dictated by statute or precedent.*"<sup>56</sup>. Se o resultado não é claramente estabelecido numa lei ou precedente, tal se dá porque:

Statutes and common law rules are often vague and must be interpreted before they can be applied to novel cases. Some cases, moreover, raise issues so novel that they cannot be decided even by stretching or reinterpreting existing rules. So judges must sometimes make new law, either covertly or explicitly. But when they do, they should act as deputy to the appropriate legislature, enacting the law that they suppose the legislature would enact if seized of the problem.<sup>57</sup>

Nos *hard cases*, há uma margem ao juiz, decorrente da "textura aberta do direito" que terá de decidir baseando-se em sua discricionariedade, pois a "escolha dentre as alternativas abertas tem de ser feita por aquele que tem de as resolver", consoante pensamento de Hart, para quem o juiz tem pleno poder no julgamento do caso difícil<sup>58</sup>.

Foge dos propósitos deste ensaio saber se é possível haver duas soluções corretas para o caso controverso. Dworkin, claramente, ao menos nos termos do Direito norte-americano e do inglês, entende que somente uma decisão deve ser considerada correta.<sup>59</sup>

Tratando-se de casos controversos ou de difícil solução, há na doutrina regras de hermenêutica para todos os gostos<sup>60</sup>. Mas o juiz não age com a liberdade de que goza o legislador, mas sim num *nível superior de subordinação ao sistema jurídico*, sob pena de invadir a competência de outras funções do Estado.

<sup>55</sup> DWORKIN, R., "Hard Cases", *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), pp. 1057-1109.

<sup>56</sup> DWORKIN, R., "Hard Cases", *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), p. 1057.

<sup>57</sup> DWORKIN, R., "Hard Cases", *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), p. 1058.

<sup>58</sup> HART, H.L.A., *O conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 140.

<sup>59</sup> DWORKIN, R., *Uma questão de princípio*. Tradução: Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2019, pp. 215-216. Recomenda-se a leitura do capítulo 5 da parte 2 do livro, sob o nome: "Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?". Ver também *Hard Cases*, *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), p. 1059.

<sup>60</sup> STRECK, L.L., *Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, Belo Horizonte, Casa do Direito, 2020. O autor sustenta, a propósito, que para alguns juízes o processo envolve um *hard case*, para outros um *easy case*, não se podendo rotular de antemão um caso como controverso ou de difícil solução. Ver, na obra aqui referida, o verbete "Positivismo Jurídico", pp. 263-327.

Ocorre que as questões levadas a julgamento em matéria de seguridade social se dão dentro de um sistema fechado, em que as previsões de prestações sociais positivas (corporificadas em benefícios em dinheiro, medicamentos ou serviços de saúde) obedecem aos limites da tipicidade.

Os casos de dúvidas sobre o direito aplicável em relações jurídicas previdenciárias constituem hipótese bastante peculiar, rara.

A dúvida sobre a *norma aplicável* em ações previdenciária se resolverá pela opção pela aplicação de uma ou outro texto legal teoricamente adequado ao caso, compreendidos na “moldura” kelseniana, mencionada na introdução deste estudo. Para Dworkin, a solução passa pela consideração de princípios. Para Hart, passa pela discricionariedade do juiz.

Dois exemplos podem ser referidos.

Por primeiro, menciona-se a questão da qualidade de segurado do titular de benefício de auxílio-acidente (devido nos casos do art. 86 da Lei n. 8213/91). O mero fato de receber tal benefício torna o beneficiário sempre um segurado da previdência social? O intérprete, diante da redação do art. 15, I e II, da Lei n. 8.213/91, poderia concluir que o titular do auxílio-acidente (benefício indenizatório no valor de 50% do salário de benefício) deve ser considerado segurado, dada a interpretação gramatical. Ou poderia entender que não mantinha tal qualidade, uma vez que, a despeito de beneficiário, não contribui para a previdência social.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais trilhou o caminho da proteção social, decidindo pela manutenção da qualidade de segurado<sup>61</sup> (Pedido de uniformização nacional – PEDILEF n. 0502859-55.2014.4.05.8312, rel. juíza federal Itália Maria Zimardi Arêas Poppe, DJ 16.6.2016). Com isso, o titular de auxílio-acidente, ainda que não contribuinte para o sistema, habilitou-se à concessão de aposentadoria por invalidez quando constatada a incapacidade total<sup>62</sup>.

Em segundo lugar, outro precedente em que se prestigiou a solução *pro misero* – aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça sem mencionar o adágio expressamente – foi o Resp 1.411.258-RS, concernente ao Tema 732, sobre a possibilidade de concessão do benefício de pensão por morte a menor sob guarda.

Partindo-se da premissa que a revogação do inciso IV do art. 16 da Lei n. 8.213/91 pela Lei n. 9.528/97 não veda a interpretação sistemática<sup>63</sup>, o Tribunal

---

<sup>61</sup> Cumpre atentar ao seguinte trecho do voto-ementa: “Neste caso, é importante salientar que, embora a legislação previdenciária não preveja exceções, levando a uma interpretação literal de que a percepção de todo e qualquer benefício seria apta à manutenção da qualidade de segurado, a doutrina diverge em relação aos benefícios de caráter indenizatório, como o salário família, o auxílio-acidente e o finado auxílio-suplementar. Assim, uma segunda corrente doutrinária entende que, diante da natureza indenizatória desses benefícios, a mens legis não seria no sentido de permitir a manutenção da qualidade de segurado, uma vez que não têm o condão de substituir a remuneração, sendo mero complemento desta, e não impedem o exercício de atividade laborativa pelo segurado, diversamente do auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. Na hipótese, filio-me à primeira corrente, uma vez que, se o legislador não trouxe ressalvas, não cabe ao intérprete criá-las, sobretudo em se tratando de direitos sociais constitucionalmente previstos. Ressalta-se que, no caso, está sendo adotada interpretação restritiva da norma positivada, método hermenêutico que se coaduna com o princípio *in dubio pro misero*, aplicável na seara previdenciária. Nesse sentido, fixo aqui a tese jurídica de que a percepção de benefícios indenizatórios, que não substituem a renda, tal como o auxílio-acidente, induz à manutenção da qualidade de segurado, por força de disposição legal expressa.”

<sup>62</sup> Contudo, posteriormente houve um forte movimento do legislador em sentido oposto ao da jurisprudência, como se vê das letras da atual redação do inciso I, art. 15 da Lei 8.213/91, dada pela Lei 13.846/2019, que expressamente passou a dispor que “*Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício, exceto do auxílio-acidente;*”

<sup>63</sup> O autor, em várias ocasiões, critica o vazo de se interpretar o direito “em tiras”. Com isso, ressalta a necessidade de se interpretar o texto de modo não isolado, cabendo a análise do ordenamento jurídico de modo integrado e sistemático (GRAU, E.R., *Por que tenho medo dos*

entendeu que a previsão de direitos previdenciários no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90) autoriza a manutenção da possibilidade de concessão de pensão por morte de guardião.

Com efeito. Oportuno aqui registrar que Eros Roberto Grau, em várias ocasiões, critica o vício de se interpretar o direito “em tiras”. Com isso, ressalta a necessidade de se interpretar o texto de modo não isolado, cabendo a análise do ordenamento jurídico de modo *integrado e sistemático*<sup>64</sup>. Não se concebe, assim, que num caso de dúvida a respeito da norma aplicável, sobretudo num *hard case*, o intérprete se limite à mera interpretação gramatical de artigos isolados.

De qualquer modo, em ambos os exemplos apresentados, havia dúvidas sobre qual a solução correta. A solução *pro misero*, na condição de regra de interpretação, serviu de norte ao julgamento de ambos os casos, baseando-se o Judiciário no reconhecimento do caráter humanitário da seguridade social.

## 9. Processo judicial de assistência social

Após ventilar algumas hipóteses em que o adágio pode ser cabível em ações previdenciárias, o leitor poderá entender, numa primeira impressão, que o campo da assistência social seria ainda mais propício à aplicação da solução *pro misero*, tendo em vista que, em tese, ao menos a maior parte dos que requerem a concessão do benefício assistencial de prestação continuada – BPC (art. 203, V, da Constituição Federal e art. 20 da Lei n. 8.742/93), devido a idosos e pessoas com deficiência, é composta de pessoas hipossuficientes ou quase hipossuficientes. Contudo, o problema é mais complexo do que aparenta ser.

Por um lado, a assistência social tem como propósito satisfazer as necessidades de pessoas que não podem gozar de benefícios previdenciários, mas o faz de maneira comedida, para não incentivar seus assistidos à ociosidade<sup>65</sup>. Por outro, a *primazia da responsabilidade do Estado* é uma das *diretrizes* da assistência social, expressamente consignada no art. 5º, III, da Lei n. 8.742/93.

Girando em torno dessa dualidade está o juiz, responsável por proferir sentença no caso concreto, observadas as provas produzidas no processo, que são geralmente apenas duas: *estudo socioeconômico* (para aferir a miserabilidade) e a *perícia biopsicossocial* (para avaliar a presença de deficiência).

Segundo o art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742/93, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A teor do art. 20, § 3º, da mesma lei, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a um quarto do salário mínimo.

Ao julgar o RE 567.985 (Tema 27), o Supremo Tribunal Federal, entendeu que o disposto no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar o modo geral de vida do idoso ou da PCD, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação.

E no julgamento do RE 580.963 (Tema 312), o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003, razão pela qual que o BPC recebido por PCD e a aposentadoria do

---

juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), São Paulo, Malheiros, 2021, pp. 86-87).

<sup>64</sup> GRAU, E.R., *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, São Paulo, Malheiros, 2021, pp. 86-87.

<sup>65</sup> BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G.S., *Comentários à Constituição do Brasil, vol. VIII*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 427.

valor de um salário mínimo devem ser excluídos da renda familiar, na análise da hipossuficiência.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal aumentou bastante as possibilidades de concessão do BPC à pessoa necessitada de um mínimo de dignidade social.

Há um outro lado da questão, porém. Trata-se do dever de auxílio mútuo insito à noção de família (art. 229 da Constituição da República), que envolve a obrigação de prestar alimentos. Isso faz com que o BPC seja considerado *subsidiário*, segundo os termos da súmula 23 da Turma Regional de Uniformização da 3ª Região<sup>66</sup>.

Entendemos que, na abordagem da solução *pro misero* há que ser feita uma distinção na assistência social, quanto aos requisitos subjetivos (deficiência) e objetivos (miserabilidade).

### 9.1 Requisito subjetivo

Havendo dúvida sobre o real estado de saúde da parte autora, sobre a real eficácia de medicamento ou de tratamento, a solução *pro misero* se impõe.

Desde 2011 o conceito de deficiência não é mais médico, mas *ambiental* (v. Leis n. 12.435/2011, 12.470/2011 e 13.146/2015, que alteraram a redação do § 2º do art. 20 da Lei n. 8.742/93), de modo que se tornou inadmissível avaliar a deficiência sob a perspectiva da incapacidade para o trabalho ou para a vida independente.

É possível que uma pessoa seja considerada deficiente mesmo sem se tornar incapaz para o trabalho. Enfim, o conceito de deficiência é mais amplo, por assim dizer, que o da incapacidade, e deve ser aferido por enfoques técnicos.

A avaliação biopsicossocial da deficiência deve ser realizada por médicos peritos e assistentes sociais, na forma do art. 20, § 6º, da LOAS. Tal avaliação não admite um corte preciso entre a deficiência e a não deficiência, havendo um grande número de casos de uma "zona cinzenta".

Para resolver a controvérsia, deve ser levado em conta a formação educacional, o ambiente familiar, as dificuldades ambientais, a capacidade intelectual e todos os demais fatores que podem configurar impedimentos ou barreiras à participação em sociedade.

Nesse ambiente em torno do requisito subjetivo, insistimos na viabilidade da aplicação da solução *pro misero* aos casos duvidosos.

### 9.2 Requisito objetivo

De outra parte, havendo dúvidas sobre o requisito objetivo da *miserabilidade*, sobretudo acerca da capacidade financeira de a família propiciar o auxílio (constitucional e legal) na prestação de alimentos, a utilização da solução *pro misero* se afigura controversa.

Não se pode desconsiderar que a economia informal, ainda vigorando em larga escala no país, propicia rendas não apuráveis em estudos sociais. Tratando-se de benefício não contributivo, a miserabilidade deve ser comprovada, segundo as regras do art. 473, I, do CPC.

A possibilidade de repropositura da ação judicial<sup>67</sup>, amplamente admitida no caso de alteração fática, recomenda que possível dúvida sobre a miserabilidade seja resolvida em favor do ente público.

---

<sup>66</sup> Súmula nº 23- " O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil".

<sup>67</sup> Sobre a coisa julgada *secundum eventum probationis*, ver SAVARIS, J.A., *Direito Processual Previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2021, item 2.1.2.1. e nota de rodapé 163. O autor inclusive cita julgado da Turma Nacional de Uniformização, em que se admite a coisa julgada *secundum eventum probationis*, mas não a partir de fixação de tese a orientar, de forma

Um aspecto que não pode ser relegado é que o BPC conta com renda mensal de um salário mínimo, equivalente à maioria dos benefícios previdenciários concedidos a quem contribui para o sistema, a exemplo do que ocorre com a prestação não contributiva prevista para o segurado especial (art. 39, I, da Lei n. 8.213/91).

Reiteremos, então, que é preciso estabelecer um critério objetivo, para a concessão de benefícios não contributivos, por uma questão de *coerência* do próprio sistema de proteção social, mesmo porque não se podem desprezar os *efeitos de incentivo* e *desincentivo* operados pelas medidas assistenciais não contributivas.

Para muitos estudiosos, um dos possíveis efeitos colaterais indesejados das políticas públicas de redistribuição de renda é o perigo de as pessoas se contentarem na condição de *receptores passivos de benefícios*, limitando-se em uma “zona de conforto” e retirando-lhes o desejo de trabalhar ou mesmo de contribuir para a previdência social<sup>68</sup>.

Resta, por fim, tratar do axioma perante o direito constitucional à saúde, o que se fará no capítulo seguinte.

## **10. Processo judicial em direito à saúde**

O art. 196 da Constituição Federal assegura a todos o direito à saúde e tal regra vem sendo interpretada de forma ampla pelos tribunais.

Nessa seara da seguridade social, encontram-se litígios decorrentes de ações judiciais movidas em face dos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), com pretensões variadas, desde a concessão de direitos previstos na tabela do Sistema Único de Saúde – SUS, até a concessão gratuita de tratamentos (serviços) e medicamentos (utilidades) não contemplados na citada tabela.

---

genérica, futuros julgados (Ver PUIL 500532-53.2014.4.04.7014/PR, Rel. p/ Acórdão Bianor Arruda Bezerra Neto, j. 18.9.2019).

<sup>68</sup>. O alerta é de SEN, A., *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta, Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes, São Paulo, Companhia de Bolso, 2019, p. 11. No mesmo sentido: MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 209; e também BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G.S., *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 429.

O deferimento ou não de tais pleitos deve ser balizado pelos julgamentos do Supremo Tribunal Federal (RE 657718<sup>69</sup> e RE 855178<sup>70</sup>) e pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema 106<sup>71</sup>) em recursos repetitivos.

Quando está em jogo a vida, em situações de dúvida a respeito da eficácia da medicação ou do procedimento, o juiz se depara com um caso cuja gravidade e urgência não admitem um julgamento baseado em certeza.

Não há impedimento à solução *pro misero* quando da interpretação dos textos legais, em questões de direito à saúde.

Porém, há necessidade de critério específico, normatizado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal (RE 657718), com repercussão geral, que impede que se aplique o adágio ora em estudo quando a eficácia do medicamento não registrado na ANVISA é objeto de controvérsia científica.

Fora tal hipótese, se há uma seara da seguridade social que se apresenta adequada a solução *pro misero*, é nos litígios envolvendo o sistema público de saúde<sup>72</sup>.

## 11. Considerações finais

A aplicação da "solução *pro misero*" não é adequada a todo e qualquer processo judicial de seguridade social.

Não constitui panaceia adaptável aos casos de dificuldades do juiz na interpretação do direito ou diante de um quadro probatório duvidoso.

Em todos os casos, é preciso distinguir a ocorrência da *dúvida* da *ausência comprovação dos fatos constitutivos do direito da parte autora*. Nesse último caso, a improcedência do pleito é a solução apontada no direito processual.

---

<sup>69</sup> Ementa: Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. (...) 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União" (Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, DJ 22/05/2019, DP 09/11/2020).

<sup>70</sup> Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente (Tribunal Pleno, rel. Min. Luiz Fux, DJ 05/03/2015, DP 16/03/2015).

<sup>71</sup> A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência (Tese definida no acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018).

<sup>72</sup> Foge dos propósitos deste ensaio abordar eventual aplicação do adágio em lides sobre o direito à saúde perante entidades privadas, autorizada pelo art. 199 da Constituição Federal.

Havendo dúvidas, em ações previdenciárias, nos cenários possíveis de aplicação da solução *pro misero*, urge avaliar se o segurado é realmente hipossuficiente, somente nestes casos sendo admissível sua aplicação, afastada a consideração do aforismo aos casos de autores abastados.

Nas ações judiciais assistenciais em que se busca a concessão do BPC, a observância da solução *pro misero* mostra-se adequada em relação às dúvidas acerca do requisito subjetivo (deficiência). Mas, ao menos casos em que se apresenta possível o amparo da família, o adágio deve ser afastado quando da apuração do requisito objetivo (miserabilidade).

Quando o assunto é o *direito à saúde*, o adágio é de ser aplicado nos casos duvidosos envolvendo textos legais e quando da análise do estado de saúde dos requerentes, a dúvida se resolvendo em favor da parte autora. Mas, tratando-se de avaliação da *eficácia do medicamento*, ainda não registrado na ANVISA, objeto de controvérsia científica, deve ser afastado o brocardo.

Também deve ser obstada a aplicação do princípio nos litígios em torno das *relações jurídicas de custeio*, cabível nesse ponto a aplicação do brocardo *in dubio pro societate*.

## 12. Referências

- ALVIM, R.C.M., "Crítica da Interpretação e da aplicação da legislação previdenciária", *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 34/1981, pp. 19-58, Nov - Dez/1981.
- ÁVILA, H., *Teoria dos Princípios*, São Paulo, Malheiros, 2019.
- BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G.S., *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, São Paulo, Saraiva, 2000.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em 10.5.2021.
- \_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 10.5.2021.
- \_\_\_\_\_. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO - TNU. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao>. Acesso em 10.5.2021.
- \_\_\_\_\_. Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região. Disponível em: [https://www.trf3.jus.br/documentos/gaco/Sumulas\\_20\\_a\\_23.pdf](https://www.trf3.jus.br/documentos/gaco/Sumulas_20_a_23.pdf). Acesso em 18.6.2021
- BRANCO, E.C., *Segurança Social e Seguro Social, 1º volume*, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1975, São Paulo.
- CASTRO, C.A.P.; LAZZARI, J.B., *Manual de Direito Previdenciário*, Rio de Janeiro, Forense, 2020.
- CARDONE, M.A., *Seguro Social e Contrato de Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1973.
- CESARINO JÚNIOR. A. F., *Direito Social Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1970.
- CUNHA, A.G., *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Lexicon, 2010.
- DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 2016.
- DICIONÁRIO AURÉLIO DE LÍNGUA PORTUGUESA, São Paulo, Positivo Soluções Didáticas Ltda., 2010.
- DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA, São Paulo, Melhoramentos, 1999.
- DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.
- DICCIONARIO CONTEMPORANEO DA LINGUA PORTUGUEZA. FEITO SOBRE O PLANO DE F. J. CALDAS AULETE, Lisboa, Parceria Antonio Maria Pereira, 1925.
- DWORKIN, R., "Hard Cases", *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), pp. 1057-1109.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*, São Paulo, Martins Fontes, 2019.
- FERRAZ, A.C.C.(coord.), *Constituição Federal Interpretada*, São Paulo, Manole, 2020.
- FRANÇA, R. L., *Hermenêutica Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1988.

- GRAU, E.R., *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, São Paulo, Malheiros, 2021.
- HART, H.L.A., *O conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HORVATH JÚNIOR, M., *Direito Previdenciário*, Rideel, São Paulo, 2020.
- IBRAHIM, F.Z.; BRAGANÇA, K.H.; FOLMANN, M., *Curso de Direito Previdenciário*, Niterói, Impetus, 2021.
- KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado, Coimbra, Armênio Amado, 1976.
- LEIVAS, P.G.G., *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre, Livraria do advogado, 2006.
- MAGANO, O.B., *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1984.
- MARTINEZ, W.N., *Curso de Direito Previdenciário, tomo I*, São Paulo, LTr, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2020.
- MARTINS, S.P., *Direito da Seguridade Social*, São Paulo, Saraiva, 2020.
- MARTINS FILHO, I.G.. *A necessidade de reformas para promover o bem comum da sociedade*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-01/ives-gandra-filho-necessidade-reformas-prol-bem-comum>. Acesso em 28.4.2021.
- NUNES, L.A.R., *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material – Arts. 1º ao 54*, São Paulo, Saraiva, 2000.
- PEREIRA, B.G., *A solução pro misero no direito previdenciário à luz da nova hermenêutica*, disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-solucao-pro-misero-no-direito-previdenciario-a-luz-da-nova-hermeneutica/amp/>. Acesso em 09.4.2021.
- REZENDE, A.M.; BIANCHET, S.B., *Dicionário de Latim Essencial*, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2019.
- SAVARIS, J.A., *Direito Processual Previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2019.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2021.
- SEN, A., *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta, Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes, São Paulo, Companhia de Bolso, 2019.
- SIMÕES, A., *Princípios de Segurança Social*, São Paulo, 1967.
- STRECK, L.L., *Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, Belo Horizonte, Casa do Direito, 2020.
- VICTÓRIA, L. A., *Dicionário da origem e da evolução das palavras*, Rio de Janeiro, Editora Científica, 1963.
- WANBIER, T.A.A.; CONCEIÇÃO, M.L.L.; RIBEIRO, L.F.S.; MELLO, R.L.T., *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.