

# APONTAMENTOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE OS BENEFÍCIOS DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (LOAS) E O AUXÍLIO-DOENÇA EM PROCESSOS SUJEITOS AO RITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

JOÃO PEREIRA DE ANDRADE FILHO  
Juiz Federal na 5.<sup>a</sup> Região (SJPB)

**RESUMO:** No âmbito das ações judiciais envolvendo os benefícios da seguridade social, o princípio da fungibilidade tem sido encarado como a possibilidade de concessão de espécie de benefício diverso daquele requerido na petição inicial, desde que os correspondentes requisitos legais sejam preenchidos. Neste sentido, a jurisprudência dos tribunais pátrios tem reconhecido a aplicação do princípio da fungibilidade entre benefícios previdenciários por incapacidade e o benefício assistencial de prestação continuada (LOAS), mesmo quando não tenha havido formulação de pedido alternativo ou subsidiário em ações judiciais. Diversos princípios jurídicos (materiais e processuais) conferem validade à aplicação da fungibilidade, notadamente em ações processadas sob o rito dos juizados especiais federais. Sem embargo, a legitimidade da aplicação do princípio em comento depende também de uma atuação proativa do magistrado responsável pela condução do processo. Ao vislumbrar a possibilidade de incidência da fungibilidade, deve o julgador promover a adequação do procedimento à necessidade de reconhecimento do direito (benefício fungível) que se apresenta evidente, sem que haja sacrifício das garantias processuais mínimas do ente público réu. É nessa perspectiva que a atuação jurisdicional deve se pautar também no princípio da *cooperação*, no sentido de promover o diálogo prévio com as partes, de maneira a sinalizar a aplicação do princípio da fungibilidade, franqueando aos litigantes o pleno exercício de suas prerrogativas processuais, sobretudo no que toca ao contraditório e ao direito fundamental à prova.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da fungibilidade; benefícios da seguridade social; juizados especiais federais; princípios da cooperação e da adequação.

## 1. INTRÓITO

Nos processos judiciais que versam a respeito da concessão de prestações por incapacidade no âmbito da Seguridade Social, cogita-se frequentemente acerca da aplicação do *princípio da fungibilidade* entre benefícios, entendido como a possibilidade de concessão de espécie de benefício diverso daquele requerido na petição inicial, desde que os correspondentes requisitos legais sejam preenchidos.

De um modo geral, a jurisprudência dos tribunais pátrios (Superior Tribunal de Justiça - STJ<sup>1</sup>, Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais -

---

<sup>1</sup> “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA.

TNU<sup>2</sup> e Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF5<sup>3</sup>) tem reconhecido a aplicação do princípio da fungibilidade entre os benefícios por incapacidade, sejam eles de natureza previdenciária (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente) ou de cunho assistencial (benefício de prestação continuada – LOAS).

Dada a amplitude da temática, o presente articulado tem por escopo analisar algumas das variações da aplicação do princípio da *fungibilidade* em ações judiciais sujeitas ao procedimento sumaríssimo dos juizados especiais federais – JEF’s, especificamente no tocante a pedidos de benefício assistencial de prestação continuada (LOAS) e o benefício previdenciário de auxílio-doença.

Pretende-se traçar critérios mínimos para a adequação do *princípio da fungibilidade* ao procedimento sumaríssimo dos JEF’s, de molde a garantir, de um lado, o pleno exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (réu nas ações envolvendo pretensões de concessão do benefício assistencial e das prestações previdenciárias) e, de outro, a prolação de uma sentença escoimada de vícios nulificantes.

---

Em matéria referente a benefício previdenciário, esta Corte tem afirmado que, embora tenha o autor pedido determinado benefício, não configura nulidade, por decisão extra petita, se o julgador, verificando o devido preenchimento dos requisitos legais, conceder outro, tendo em vista a relevância da questão social que envolve a matéria. Precedentes. Recurso especial desprovido.” (RECURSO ESPECIAL Nº 824.075 - PR (2006/0043399-0), RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER)

<sup>2</sup> “Ementa: AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-ACIDENTE. FUNGIBILIDADE ENTRE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. [...] 3. O princípio da fungibilidade é aplicado aos benefícios previdenciários por incapacidade, permitindo que o juiz conceda espécie de benefício diversa daquela requerida na petição inicial, se os correspondentes requisitos legais tiverem sido preenchidos. Prevalece a flexibilização do rigor científico por uma questão de política judiciária: considerando que se trata de processo de massa, como são as causas previdenciárias, não seria razoável obrigar o segurado a ajuizar nova ação para obter a concessão de outra espécie de benefício previdenciário cujos requisitos tenham ficado demonstrados durante a instrução processual. 4. O núcleo do pedido deduzido na petição inicial é a concessão de benefício por incapacidade. O auxílio-acidente, assim como o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, constitui espécie de benefício previdenciário por incapacidade. A aferição dos pressupostos legais para concessão de auxílio-acidente em processo no qual o autor pede auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez não afronta o princípio da congruência entre pedido e sentença, previsto nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. Em face da relevância social da matéria, é lícito ao juiz adequar a hipótese fática ao dispositivo legal pertinente à adequada espécie de benefício previdenciário. [...]” (Processo PEDILEF 05037710720084058201 PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL Relator(a) JUIZ FEDERAL ROGÉRIO MOREIRA ALVES, TNU, Data da Decisão 16/08/2012 Fonte/Data da Publicação DJ 06/09/2012)

<sup>3</sup> “Ementa [...] 2. Não há que se falar em sentença extra petita, na medida em que a mesma tratou a demanda, como se se tratasse de auxílio-doença, em aplicação à fungibilidade dos benefícios, nas questões previdenciárias, em sintonia com a Jurisprudência do Colendo STJ e deste Tribunal (Resp 824075-PR, min. Felix Fischer, julgado em 07.11.2006 e APELREEX 8751-PE, des. Leonardo Resende Martins, convocado, julgado em 09.03.2010). 3. Demonstrado o equívoco na concessão do benefício assistencial, visto que consta na CTPS do autor que o mesmo, à data do pedido administrativo (16.12.1996, f. 09), detinha a condição de segurado obrigatório do RGPS, com o último vínculo empregatício registrado em 31.01.1996, f. 12, de modo que, pelo menos, teria o mesmo direito ao auxílio-doença. 4. Perícia judicial que afastou a incapacidade laborativa do segurado, ora apelante, f. 173-174 e 206-208. [...] Relator(a) Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão Sigla do órgão TRF5 Órgão julgador Terceira Turma Fonte DJE - Data::16/12/2010 - Página:1077 Decisão UNÂNIME”

Objetiva-se também analisar a aplicação da fungibilidade à luz da principiologia que preside os juizados especiais federais, com o escopo de demonstrar a sua compatibilidade com o rito processual abreviado dos juizados e, adicionalmente, fixar balizas de atuação para a condução do processo no bojo do qual será reconhecida a fungibilidade.

O articulado se desenvolverá por meio da análise de caso hipotético no qual se tenha deduzido pedido de concessão de prestação assistencial (LOAS) na petição inicial, muito embora os elementos de prova produzidos no curso da demanda demonstrem a plausibilidade do direito à percepção de benefício previdenciário de auxílio-doença.

## 2. O CASO CONCRETO A SER ANALISADO

Suponha-se a situação de um cidadão de 40 (quarenta) anos de idade e possuidor da qualidade de segurado do regime geral de previdência social – RGPS, cujo último vínculo de emprego tenha se encerrado na data de 10 de outubro de 2008, em virtude de demissão sem justa causa.

Acometido de moléstia que reputa incapacitante, o cidadão apresenta ao INSS, na data de 10 de janeiro de 2010, requerimento administrativo para a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença. O pleito é indeferido pela autarquia previdenciária em razão de “*parecer médico desfavorável*”, no qual a perícia administrativa constata que o segurado não se encontra incapacitado para o trabalho por período superior a 15 (quinze) dias.

Transcorridos seis meses do indeferimento, em 10 de julho de 2010, o mesmo cidadão torna a socorrer-se do amparo do Estado, desta feita postulando perante o INSS a concessão de benefício assistencial (LOAS) em favor de pessoa deficiente, invocando, para tanto, a ocorrência da mesma moléstia outrora apontada como motivo para apresentação do pedido de auxílio-doença. O requerimento é novamente indeferido em virtude de conclusão médica desfavorável, a qual não constatou situação condizente com um “*impedimento de longo prazo*” (art.20, §2º, da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011<sup>4</sup>).

---

<sup>4</sup> Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 1o Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

[...] *omissis*

§ 2o Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Inconformado com a negativa administrativa de seu último pleito, o cidadão ajuíza ação perante os juizados especiais federais impugnando o ato de indeferimento do benefício assistencial.

Processada a ação e realizada a perícia médica judicial, a conclusão do *expert* é no sentido de que o autor é portador de incapacidade *parcial e temporária* desde janeiro de 2010 (data do início da incapacidade), condição médica insuficiente para a concessão do benefício de prestação continuada (LOAS), porquanto não caracterizado um “*impedimento de longo prazo*”.

Em sua contestação, o INSS impugna a pretensão do autor, requerendo a improcedência do pedido em razão das conclusões lavradas na perícia judicial. Aduz a autarquia que o fato de a perícia ter concluído pela existência de incapacidade parcial e temporária, aliado ainda à idade do autor, demonstram a não ocorrência de *impedimento de longo prazo*, nos termos do art.20, §2º, da Lei nº 8.742/93.

Sem embargo das conclusões periciais, os elementos de prova (v.g, extratos do cadastro nacional de informações da seguridade social - CNIS e a carteira de trabalho e previdência social – CTPS) carreados aos autos do processo indicam que, na data do início da incapacidade (janeiro de 2010), o autor poderia ostentar a qualidade de segurado do regime geral de previdência social - RGPS, desde que reconhecida em seu favor a existência da causa de extensão do período de graça prevista no art. 15, §2º, da Lei nº 8.213/91<sup>5</sup>.

Com base nos elementos de informação apresentados na situação hipotética, indaga-se:

- a) diante da impugnação judicial do ato de indeferimento do benefício assistencial, e considerando a não apresentação de pedido alternativo de auxílio-doença na petição inicial, seria possível conceder o benefício previdenciário por incapacidade ao autor com fundamento no *princípio da fungibilidade*?
- b) Em sendo positiva a resposta à indagação *supra*, quais os fundamentos legais e constitucionais que conferem penhores de legitimidade à aplicação do princípio da fungibilidade entre os benefícios assistencial e previdenciário no âmbito dos juizados especiais federais – JEF’s ?

### 3. ANÁLISE JURÍDICA DO CASO

---

<sup>5</sup> Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

[...] *omissis*

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

[...] *omissis*

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

Em face da singeleza do presente articulado, um esclarecimento preliminar se faz necessário: a análise jurídica proposta se restringirá a alvitrar parâmetros para a aplicação do princípio da fungibilidade em situação na qual a pretensão deduzida pelo autor em juízo refira-se a pedido de prestação assistencial (LOAS) e os elementos probatórios dos autos evidenciem a plausibilidade do direito à percepção de benefício previdenciário por incapacidade (auxílio-doença<sup>6</sup>).

Não se propõe, aqui, analisar a situação inversa (“fungibilidade de mão-dupla”), em que a parte postula em juízo a concessão de benefício previdenciário e, dada as peculiaridades do caso, o juiz vem a entregar bem da vida consistente no *benefício assistencial em favor de pessoa deficiente (LOAS)*.

Pois bem, o auxílio-doença constitui benefício previdenciário albergado no art. 59 da Lei nº 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social), nos seguintes termos, *in verbis*: "Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos."

Da leitura do dispositivo em tela, extraem-se como requisitos essenciais à concessão do benefício: a) a qualidade de segurado do RGPS (art. 15 da Lei nº 8.213/91); b) o cumprimento da carência (que, na hipótese, é de 12 contribuições mensais – art. 25, I, da Lei nº 8.213)<sup>7</sup> e **c) a incapacidade para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.**

De seu turno, e sem se ater aos requisitos pertinentes à comprovação da vulnerabilidade econômica, a conformação legal do benefício de prestação continuada em favor da pessoa deficiente é tratada pelos seguintes dispositivos da Lei nº 8.742/93: "Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à **pessoa com deficiência** e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) [...] omissis § 2º **Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.** (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011) [...] omissis § 10. **Considera-se impedimento de longo prazo**, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos." (grifos não originais)

<sup>6</sup> Esclareça-se que a análise se restringirá ao auxílio-doença em virtude da situação hipotética apresentada referir-se a caso de incapacidade parcial e temporária, razão pela qual não se cogita da aplicação da fungibilidade também em relação à aposentadoria por invalidez – que, a princípio, reclama uma incapacidade do tipo *total e permanente*.

<sup>7</sup> Não se cogita da dispensa de carência, uma vez que o caso hipotético apresentado não se enquadra em nenhuma das situações previstas no art. 26, II, da Lei nº 8.213, de 1991, onde se prevê:

"Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

[...] omissis

II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado;"

Embora a condição de “*pessoa deficiente*” (art.20, §§2º e 10, da Lei nº 8.742/93) não guarde perfeita coincidência com a “*incapacidade laborativa*” (art. 59 da Lei nº 8.213/91), é inegável que uma mesma moléstia poderá resultar tanto em incapacidade para o trabalho como também em uma situação caracterizadora de “*impedimento de longo prazo*”. Há, portanto, um núcleo fático comum entre os dois benefícios (SAVARIS, 2011, p.70), consubstanciado na incapacidade ou redução da capacidade para o trabalho<sup>8</sup>, e também uma aproximação de significação normativa entre as hipóteses de incidência das normas que tratam do auxílio-doença (art. 59 da Lei nº 8.213/91) e do benefício de prestação continuada (art. 20, §2º, da Lei nº 8.742/93).

Em princípio, é correto dizer que o caráter dinâmico de determinadas moléstias e a similitude entre as hipóteses de incidência dos benefícios previdenciário e assistencial apresentam-se como fatores essenciais para, no curso de uma demanda judicial processada no âmbito dos JEF's, reconhecer-se em favor de um demandante qualquer dos benefícios.

De relação à extensão de determinadas moléstias, não raras vezes um laudo de perícia judicial que contenha a conclusão de incapacidade total e permanente seria idôneo para proporcionar a concessão de *aposentadoria por invalidez* para o segurado do RGPS, como também a percepção de *benefício assistencial de prestação continuada* em favor de cidadão “não segurado” e em situação de hipossuficiência econômica. Isso porque, a depender da valoração das conclusões médicas consignadas no laudo e da análise das demais circunstâncias pessoais do demandante (v.g., idade, grau de instrução, histórico laboral *et coetera*), o magistrado poderá convencer-se que a incapacidade total e permanente é suficiente para conduzir à conclusão de que o autor ostenta a condição de *pessoa com deficiência sujeita a um impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial* (art.20, §§2º e 10, da Lei nº 8.742/93).

No caso hipotético aventado, a incapacidade parcial e temporária não conduz, *prima facie*, a um juízo favorável ao deferimento do pleito do benefício assistencial, já que insuficiente para a caracterização de *um impedimento de longo prazo*. Contudo, as provas trazidas aos autos pelo autor (CTPS e o extrato do CNIS) estão a indicar que, na data do início da incapacidade (janeiro de 2010), ele ainda manteria sua filiação ao RGPS, desde que demonstrada a situação de desemprego apta a estender o período de graça (art. 15, §2º, da Lei nº 8.213/91).

### **3.1. Princiologia aplicável ao caso.**

Com efeito, mesmo diante da patente inexistência do *direito subjetivo* à benesse assistencial, não se afiguraria razoável, do ponto de vista da efetividade processual, negligenciar os elementos probatórios indicativos da possível qualidade de segurado do RGPS do autor, que poderiam garantir-lhe a fruição de benefício de auxílio-doença. Muito ao revés, tal postura implicaria formalismo excessivo, incompatível com a

---

<sup>8</sup> SAVARIS, José Antônio. Direito Processual Previdenciário. 3. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011. “*Como existe um núcleo a ligar esses quatro benefícios [auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente e benefício assistencial de prestação continuada] – redução ou inexistência da capacidade para o trabalho -, tem-se admitido uma espécie de fungibilidade dos pedidos que buscam a sua concessão.*”

ritualística dos juizados especiais federais, norteados que são pelos princípios da informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º da Lei nº 9.099/95<sup>9</sup>), além de outros princípios (relevância social do direito, *pro misero* e efetividade processual) cuja juridicidade é reconhecida pela jurisprudência.

Passa-se a analisar, de maneira mais detalhada, como os princípios acima referidos conferem legitimidade à aplicação da fungibilidade entre benefício assistencial e o auxílio-doença no procedimento dos juizados especiais federais.

### **3.1.1. Economia processual.**

Sob a perspectiva da economia processual, não há dúvidas de que as lides sujeitas ao procedimento dos juizados especiais reclamam soluções eficazes e que sejam, a um só tempo, *economicamente* menos custosas e processualmente *econômicas*. Senão vejamos.

Do ponto de vista do custo financeiro do processo, é fora de dúvida que o juízo *negativo de admissibilidade* acerca da possibilidade de se reconhecer um direito (auxílio-doença) quando há na demanda em curso provas (ex: extratos do CNIS, CTPS e laudo pericial) evidentes acerca de sua existência configura uma medida economicamente contraproducente.

Na situação hipotética apresentada, a negativa de aplicação da fungibilidade implicaria movimentar a estrutura do Judiciário – com todos os custos que lhe são inerentes - desnecessariamente em duas oportunidades, por meio do ajuizamento de uma nova demanda judicial, que, ao fim e ao cabo, destinar-se-á a reconhecer um direito que já se afigurava evidente na primeira relação processual instaurada.

De outro lado, milita ainda em desfavor do princípio da economia processual extinguir o processo já em curso, impondo ao autor o ajuizamento de uma nova ação, com repetição de atos processuais (formalização da petição inicial, citação, apresentação de contestação, renovação da prova pericial, transcurso de prazos *etc*), situação que fará recair exclusivamente sobre o demandante o *ônus do tempo do processo*.

Assiste razão a Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que, ao comentarem o conteúdo do princípio da economia processual, aduzem que “*não se deve, no juizado especial, repetir ato, ainda que nulo, que tenha atingido a sua finalidade, desde que obedecidas as garantias fundamentais outorgadas às partes*”. Ainda a respeito do princípio da economia processual, os mesmos autores concluem que “*minimizando-se o procedimento tendente ao oferecimento da prestação jurisdicional, ganha-se de forma menos complicada uma resposta jurisdicional mais barata e rápida, o que é fundamental para estimular o acesso à justiça* (MARONONI; ARENHART, 2009, p. 201).”

### **3.1.2. Celeridade Processual.**

No caso em comento, a aplicação da fungibilidade prestigiaria ainda outro princípio ínsito ao microsistema jurídico dos juizados essenciais federais, a saber: celeridade processual.

---

<sup>9</sup> Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Um dos critérios utilizados para se aferir se um processo transcorre de maneira célere é exatamente a complexidade da causa (DIDIER JUNIOR, 2013, p.67). Em causas de baixa complexidade, como aquelas sujeitas ao procedimento dos juizados especiais, não há justificativa para duração prolongada do processo, donde se infere que também não se mostra lícito denegar ao litigante o imediato reconhecimento de bem da vida (auxílio-doença) a que claramente faz jus, sob o único pretexto de se respeitarem regras processuais passíveis de flexibilização no procedimento sumaríssimo.

Neste sentido, não se tem por admissível intercorrências e dilações indevidas em um processo cuja prova pericial se preste a definir, de maneira evidente, a existência do *direito subjetivo* à prestação diversa (benefício de auxílio-doença) daquela efetivamente requerida na petição inicial, embora intimamente conexa e correlata com o benefício de prestação continuada.

Com efeito, o reconhecimento da fungibilidade é medida que favorece a celeridade e substantiva, no âmbito dos JEF's, o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88).

### **3.1.3. Princípio *pro misero* (relevância social do direito) e o *iuria novit curia*.**

No que atina ao suposto descumprimento de regras processuais quando da aplicação da fungibilidade, tem-se que uma das objeções mais contundentes à aplicação do aludido princípio diz respeito à alegação de violação ao princípio da correlação ou congruência (arts. 128 a 460 do CPC<sup>10</sup>), com conseqüente prolação de sentença *extra petita*, eivada de nulidade em razão da entrega de prestação jurisdicional diversa da pleiteada pela parte.

A respeito deste ponto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ tem se valido do argumento – de ordem *metajurídica*, é verdade - da *relevância social do direito* em disputa para afastar a alegação de nulidade em decorrência do julgamento *extra petita*, bem assim por conta da necessidade de observância do princípio *iura novit curia*.

Há ainda julgados do STJ cujos fundamentos repousam na compreensão de que as soluções em lides previdenciárias devem se inclinar em favor dos segurados (*pro misero*). Neste sentido, mister trazer à colação as ementas de dois ilustrativos julgados daquela Corte de Justiça a respeito do tema, que bem expressam o raciocínio que se vem de desenvolver:

RECURSO ESPECIAL. PROCESUAL CIVL. BENFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO EXTRA PETIA. INOCRÊNCIA.

Em matéria referente a benefício previdenciário, esta Corte tem afirmado que, embora tenha o autor pedido determinado benefício, não configura nulidade, por decisão *extra petita*, se o julgador, verificando devido

---

<sup>10</sup> Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.



preenchimento dos requisitos legais, conceder outro, tendo em vista relevância da questão social que envolve a matéria. Precedentes.

Recurso especial desprovido.

(RECURSO ESPECIAL Nº 824.075 -PR (206/0439-0). RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER)

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE ACIDENTÁRIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA . INOCRÊNCIA.

1. Em persistindo, na motivação do pedido e da decisão, um só e mesmo suporte fático, não há falar em julgamento *extra petita*, mas em observância do princípio *iura novit curia*, com maior força nos pleitos previdenciários, julgados *pro misero*. Precedentes.

2. Recurso improvido.

(REsp 34.64/BA, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvlhido, D.JU. de2.1204).

Sem embargo das diversas críticas feitas pela doutrina à validade do princípio *pro misero* em matéria previdenciária<sup>11</sup>, é preciso ter presente que o procedimento judicial deve se adequar e aderir às especificidades da natureza social e alimentar do direito discutido (bem da vida previdenciário), em homenagem ao denominado *princípio da adequação processual*.

#### **3.1.4. A especificidade da lide previdenciária e o princípio da adequação processual.**

Dissertando sobre as peculiaridades do objeto da lide previdenciária, a doutrina (SAVARIS, 2011, p. 67) afirma que: “[...] *um bem jurídico previdenciário corresponde à idéia de uma prestação indispensável à manutenção do indivíduo que a persegue em juízo. Essa primeira noção é reconhecidamente basilar, mas extremamente importante: uma prestação previdenciária tem natureza alimentar; destina-se a prover recursos de subsistência digna para os beneficiários da previdência social que se encontrem nas contingências sociais definidas em lei; destina-se a suprir as necessidades primárias, vitais e presumivelmente urgentes do segurado e às de sua família, tais como alimentação, saúde, higiene, vestuário, transporte, moradia etc. O que está em jogo em uma ação previdenciária são os valores sine qua non para a sobrevivência de modo decente. É o direito de não depender da misericórdia ou do auxílio de outrem.*”.

Não se pode perder de vista ainda que os benefícios previdenciários apresentam-se como espécie de *direito* que, por expressa disposição constitucional (art. 6º, *caput*, Constituição Federal de 1988), são dotados de caráter social. Reclamam, portanto, a existência de mecanismos *adequados* à sua proteção e efetivação, em conformidade com a sua relevância e com os aspectos pessoais dos sujeitos que os titularizam.

A doutrina moderna tem erigido o princípio da *adequação processual* com um dos postulados fundamentais à idéia de efetividade do processo. Segundo Freddie Didier: “*o cidadão, para obter aquilo que realmente tem direito de obter, precisa de uma série de medidas estabelecidas pelo legislador, dentre as quais avulta em importância a*

---

<sup>11</sup> A respeito do tema, vide: ASSIS, Armando de Oliveira, *Compêndio de Seguro Social*, apud MARTINEZ, Wladimir Novaes, *Curso de Direito Previdenciário. Tomo I. Noções de Direito Previdenciário*. São Paulo: Editora LTr, 2011.”

*criação de um procedimento adequado às particularidades da situação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional” (DIDIER JUNIOR, 2009, p. 40).*

Não é por outra razão que o procedimento dos juizados especiais é estruturado de maneira simplificada, com a possibilidade de ajuizamento de demandas sem assistência de advogado, isenção de custas processuais, estipulação de prazos processuais mais reduzidos, redução de atos postulatórios passíveis de serem praticados pelas partes, extirpação de incidentes processuais (ex: intervenção de terceiros), descabimento de alguns recursos etc. Objetiva-se ofertar um procedimento *adequado* à satisfação de direitos materiais (v.g, benefícios previdenciários) dotados de especificidades. É o que se denomina de *adequação* sob o ponto de vista teleológico (DIDIER JUNIOR, 2009, p. 41).

Sucedo, contudo, que, não raramente, o procedimento *formalmente adequado* à proteção de direitos sociais poderá se mostrar insatisfatório em virtude de circunstâncias concretas as mais variadas. É o que ocorre, por exemplo, no caso hipotético explanado neste articulado.

Mesmo sendo o rito do JEF destinado a viabilizar uma rápida e efetiva tutela de interesses *previdenciários e assistenciais* do cidadão, a lacuna normativa acerca da previsão do princípio da fungibilidade – tal como já existe para a tutela judicial da posse (art. 920, CPC<sup>12</sup>) – culmina por frustrar um direito (auxílio-doença) que, embora não requerido formalmente na peça exordial, apresenta-se de modo evidente no processo já em curso.

Para essas situações de omissão legislativa na regulação do procedimento adequado, não se afigura desarrazoado advogar a idéia de que o próprio órgão jurisdicional, valendo-se dos seus poderes de direção e condução do processo, promova a adequação do procedimento. Com efeito, leciona Fredie Didier (DIDIER JUNIOR, 2009, p. 42): “Há, porém, quem defenda a possibilidade de o órgão jurisdicional proceder á adequação judicial mesmo sem anterior previsão legislativa. Se a adequação do procedimento é um direito fundamental, cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo, quando diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso, que impede a efetivação de um direito fundamental.”

Ora, se é inegável a natureza alimentar do direito, que carrega consigo o pressuposto de que o cidadão tem a necessidade urgente das prestações para a manutenção do seu sustento, segue-se que o processo judicial devotado a reconhecê-lo deve se afeiçoar às peculiaridades da causa, negando aplicação às regras processuais (ex: arts. 128 e 460, CPC) que se apresentem inadequadas ao caso, de modo a garantir a rápida satisfação da pretensão à luz de outros valores e princípios fundamentais.

Neste sentido, revelando-se o princípio da *correlação* (arts. 128 e 460, CPC) inadequado à tutela dos direitos previdenciários discutidos em processo sujeito ao rito do JEF, franqueia-se ao magistrado a possibilidade de *adequar* o procedimento, para nele aplicar a idéia de fungibilidade entre os benefícios de prestação continuada (LOAS) e o auxílio-doença.

---

<sup>12</sup> “Art. 920. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.”

Parte-se do pressuposto de que o processo não é e não deve ser encarado como um fim em si mesmo, mas, ao contrário, como o instrumento adequado de tutela de direitos.

### 3.1.5. Efetividade processual.

Modernamente, a doutrina (DIDIER JUNIOR, 2013, p. 39) tem encarado a efetividade processual como uma variante do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (Art. 5º, XXXV, CF/1988<sup>13</sup>). Por sua vez, o postulado da inafastabilidade (acesso à Justiça) não deve ser entendido apenas como uma “*garantia formal, uma garantia de pura e simplesmente ‘bater às portas do Poder Judiciário’, mas, sim, como uma garantia de acesso á ordem jurídica justa, consubstanciada em uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz*”.

Parece não haver dúvida que a aplicação da fungibilidade atende a esta diretriz de proporcionar ao jurisdicionado o *acesso a uma ordem jurídica justa*. Ao se promover a entrega de um bem da vida (benefício de auxílio-doença) diverso do requerido, o Judiciário concentra sua atenção na necessidade material da parte, ajustando esta necessidade aos respectivos arquétipos jurídicos dos benefícios da Seguridade Social.

De outro lado, é de se notar que o princípio da efetividade é comumente designado pela idéia “chiovendiana” da *máxima coincidência possível* (DIDIER JUNIOR, p.40). De acordo com esta formulação, o processo deve entregar à parte que tem razão o exato bem da vida a que teria direito se sua pretensão fosse satisfeita voluntariamente, sem a necessidade de se socorrer ao auxílio jurisdicional do Estado.

Sob esta perspectiva, deve-se lembrar que, na análise dos requerimentos que lhe são dirigidos, cabe ao INSS o dever de informar e esclarecer o cidadão a respeito de seus direitos, de maneira a externar qual a situação jurídica mais vantajosa ao sujeito que busca o amparo dos serviços a cargo da autarquia.

Neste sentido, a Instrução Normativa nº 45, de 6 de agosto de 2010, da Presidência do INSS, que, dentre outras matérias, disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, prescreve o seguinte: “Art. 564. Nos processos administrativos previdenciários serão observados, entre outros, os seguintes preceitos: [...] VI - condução do processo administrativo com a finalidade de resguardar os direitos subjetivos dos segurados, dependentes e demais interessados da Previdência Social, **esclarecendo-se os requisitos necessários ao benefício ou serviço mais vantajoso; VII - o dever de prestar ao interessado, em todas as fases do processo, os esclarecimentos necessários para o exercício dos seus direitos**, tais como documentação indispensável ao requerimento administrativo, prazos para a prática de atos, abrangência e limite dos recursos, não sendo necessária, para tanto, a intermediação de terceiros;” (grifou-se)

Não raramente, a falta de esclarecimento e de conhecimento do cidadão a respeito da extensão de seus direitos conduz a situações como a narrada no caso hipotético apresentado, em que a parte autora vai a juízo postular pretensão assistencial em razão do desconhecimento acerca dos seus direitos previdenciários – como o direito à percepção do auxílio-doença.

---

<sup>13</sup> “Art. 5º [...] omissis XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

O déficit de consciência a respeito dos direitos compreendidos no rol de ações da seguridade social pode e deve ser compensado pela atuação do Judiciário. A efetividade processual impõe que a tutela jurisdicional corresponda a exatamente aquilo que a parte faria jus (*in casu*, auxílio-doença), a despeito da atuação insuficiente do INSS, seja ao denegar o benefício indevidamente, seja ao omitir ao segurado os esclarecimentos necessários ao correto exercício dos direitos por ele titularizados.

Nessas situações, a aplicação do princípio da fungibilidade, além de substantivar a efetividade processual, entregando o bem da vida correspondente exatamente àquilo que a parte faria jus se não fosse a atuação equivocada do INSS, presta-se a suprir esse déficit de informação e consciência dos demandantes acerca da extensão de seus direitos.

Contudo, a adaptação *ope judicis* do procedimento (princípio da adequação) e a garantia da efetividade processual não podem aniquilar garantias processuais da autarquia previdenciária. Forte nessa idéia, passaremos a expor como o chamado princípio da *cooperação* densifica os demais princípios já referidos, ofertando um norte seguro ao magistrado na aplicação do princípio da fungibilidade.

### **3.2. O princípio da cooperação como postulador orientador e limitador da atividade jurisdicional na aplicação da fungibilidade.**

Não obstante o reconhecimento da validade de argumentos de ordem jurídica (princípios da celeridade, efetividade, adequação e economia processual) e *meta-jurídica* (relevância social do direito, por exemplo) para fundamentar as decisões judiciais que reconhecem a fungibilidade, notadamente em sede de JEF's, onde se admite o exercício da jurisdição de equidade (art. 6º da Lei n. 9.099/95<sup>14</sup>), há outros argumentos e procedimentos igualmente capazes de afastar a apontada nulidade da decisão que reconhece a relação de fungibilidade entre o benefícios assistencial (LOAS) e o auxílio-doença.

A nosso aviso, uma maneira de obviar eventual ocorrência de nulidade – já referida alhures - decorrente da prolação de sentença *extra petita* seria substantivar as garantias do contraditório e da ampla defesa em favor da autarquia previdenciária, em momento antecedente à entrega da prestação jurisdicional que aplica a fungibilidade, orientando-se o magistrado pelo *princípio da cooperação*.

No caso hipotético aqui ventilado, realizada a prova pericial e apresentada a contestação, verificando-se a existência de fundados indícios aptos a ensejar o reconhecimento da fungibilidade entre *benefício assistencial em favor de pessoa com deficiência* e o *auxílio-doença*, parece ser medida razoável a prolação de decisão designando audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que as garantias da ampla defesa e do contraditório serão exercidas, de maneira plena, pelo INSS.

---

<sup>14</sup> Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

A decisão que designa a audiência de instrução não se restringirá apenas à fixação do ponto controvertido a ser apurado, mas também e, sobretudo, a acenar para as partes a probabilidade de aplicação da fungibilidade.

Outrossim, a designação de audiência de instrução e julgamento afigura-se plenamente compatível com o rito sumaríssimo dos juizados especiais federais, que não admite o instituto da réplica e tampouco se coaduna com incidentes processuais que depõem contra a celeridade inerente aos juizados.

É preferível que, na situação hipotética apresentada, a designação do ato instrutório se opere por meio de decisão fundamentada, sendo de bom alvitre que o julgador faça referência às provas que evidenciem, com base em um juízo de cognição sumária (juízo de probabilidade), os indícios acerca do direito ao benefício previdenciário, em uma clara sinalização da possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade.

Ato decisório redigido nestes termos prestigia o denominado *princípio da cooperação, na específica dimensão do dever de esclarecimento que toca ao julgador quanto às suas condutas e pronunciamentos* (DIDIER JUNIOR, 2013, p.91), além de evitar a surpresa do procurador responsável pela defesa judicial do INSS, já que restará reinaugurada a oportunidade de a autarquia opor-se à pretensão de concessão do benefício previdenciário, que não foi requerido na petição inicial.

A propósito do tema, a doutrina (DIDIER JUNIOR, 2013, pp. 90-91) assinala que princípio da cooperação “*orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras*”.

No caso em apreço, o princípio da cooperação apresenta-se ainda como uma baliza limitadora e, ao mesmo tempo, orientadora da atividade jurisdicional, a qual não poderá ser exercida em desrespeito às garantias processuais constitucionais, notadamente o contraditório e a ampla defesa.

Neste sentido, é correto dizer que o princípio da cooperação limita a liberdade de condução do processo pelo magistrado, que ficará jungido a dialogar previamente com os demais partícipes da relação processual, no sentido de fornecer-lhes uma sinalização clara sobre a possibilidade de reconhecimento da fungibilidade. Limitam-se os poderes do juiz em prol das garantias processuais das partes e, também, com o intuito de se entregar uma prestação jurisdicional escoimada de vícios nulificantes.

Importa ressaltar que o *decisum* que designa a audiência de instrução sobreleva o princípio do *contraditório* em duas dimensões distintas: uma *formal*, na medida em que garante a audição da parte adversária (INSS) antes da prolação de sentença que possivelmente lhe será desfavorável, procedimento necessário a emprestar validade à atividade jurisdicional; e outra *substancial*, ao fazer do *contraditório* uma providência de aprimoramento da qualidade da própria sentença, vista como o ponto culminante de um procedimento marcado pela ciência prévia das partes acerca do possível reconhecimento *do princípio da fungibilidade* quando da entrega da prestação jurisdicional.

Outrossim, a designação de audiência de instrução carrega consigo a vantagem de permitir ao INSS participar da produção de provas tendentes a demonstrar o não preenchimento dos requisitos atinentes ao deferimento do benefício previdenciário (auxílio-doença), a exemplo de alegações conducentes à demonstração de que o autor perdeu a qualidade de segurado ou não cumpriu a carência do benefício.

No caso hipotético apresentado, não é ocioso lembrar que a realização de audiência de instrução ainda apresenta-se como medida de rigor em face do entendimento jurisprudência do STJ<sup>15</sup> e da TNU<sup>16</sup>, que não admitem a comprovação da

---

<sup>15</sup> “PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. ART. 15 DA LEI 8.213/91. CONDIÇÃO DE DESEMPREGADO. DISPENSA DO REGISTRO PERANTE O MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL QUANDO FOR COMPROVADA A SITUAÇÃO DE DESEMPREGO POR OUTRAS PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. O REGISTRO NA CTPS DA DATA DA SAÍDA DO REQUERIDO NO EMPREGO E A AUSÊNCIA DE REGISTROS POSTERIORES NÃO SÃO SUFICIENTES PARA COMPROVAR A CONDIÇÃO DE DESEMPREGADO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DO INSS PROVIDO.

[...] *omissis*

4. Dessa forma, esse registro não deve ser tido como o único meio de prova da condição de desempregado do segurado, especialmente considerando que, em âmbito judicial, prevalece o livre convencimento motivado do Juiz e não o sistema de tarificação legal de provas. Assim, o registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá ser suprido quando for comprovada tal situação por outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal.

**5.No presente caso, o Tribunal a quo considerou mantida a condição de segurado do requerido em face da situação de desemprego apenas com base no registro na CTPS da data de sua saída no emprego, bem como na ausência de registros posteriores.**

**6.A ausência de anotação laboral na CTPS do requerido não é suficiente para comprovar a sua situação de desemprego, já que não afasta a possibilidade do exercício de atividade remunerada na informalidade.**

[...]” (PETIÇÃO Nº 7.115 - PR (2009/0041540-2), Relator: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

<sup>16</sup> Ementa: PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. CONDIÇÃO DE DESEMPREGADO AFASTADA PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE INFORMAL. ART. 15, § 2º, DA LEI 8.213/91. NÃO APLICAÇÃO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DESPROVIDO. [...] 3. No tocante ao mérito, sem razão a recorrente. Recentemente, no julgamento de matéria semelhante a esta, envolvendo também a questão atinente à possibilidade de prorrogação da qualidade de segurado em razão do desemprego, esta Turma afirmou que somente é aplicável o disposto no art. 15, § 2º, da Lei 8.213/91, quando ficar comprovado que o segurado não exerceu nenhuma atividade remunerada (nem mesmo atividade informal) após a cessação das contribuições. Sobre esse assunto, acórdão proferido no julgamento do Pedilef 2009.71.58.010103-0 (DJ 15-5-2012), de relatoria do Sr. Juiz Rogério Moreira Alves, assim ementado na parte que interessa: AGRAVO REGIMENTAL. ADMISSIBILIDADE DE INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COMPROVADA. PET 7.115. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE GRAÇA. PROVA DA SITUAÇÃO DE DESEMPREGO. AUSÊNCIA DE REGISTRO EM ÓRGÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. INSUFICIÊNCIA DA ANOTAÇÃO EM CTPS. ADMISSIBILIDADE DE QUALQUER MEIO DE PROVA. REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. 5. A prova da situação de desemprego implica demonstrar não só a ausência de contratação de novo vínculo de emprego, mas também a ausência de desempenho de quaisquer outras formas de atividade remunerada, como trabalho autônomo informal. É preciso ficar comprovado que o segurado não exerceu nenhuma atividade remunerada (nem mesmo atividade informal) após a cessação das contribuições. 4. O trabalho esporádico não retira a condição de

situação de desemprego (art.15, §2º, da Lei nº 8.213/91) unicamente com base na inexistência de anotações na CTPS do autor.

#### 4. CONCLUSÕES

Ante o exposto, é legítimo concluir:

- a) A similitude jurídica entre as hipóteses de incidência do benefício assistencial de prestação continuada em favor de pessoa deficiente (LOAS) e o benefício previdenciário de auxílio-doença autoriza, no plano do direito material, o reconhecimento da fungibilidade entre eles.
- b) No plano processual, os princípios da celeridade, economia processual, informalidade (art.2º da Lei nº 9.099/95), efetividade e adequação processual conferem legitimidade à aplicação da fungibilidade em sede de juizados especiais federais, além de contribuir para elidir a alegação de nulidade em razão de julgamento *extra petita*.
- c) Em nível constitucional, o princípio da razoável duração do processo confere lastro ao reconhecimento da fungibilidade.
- d) Além dos argumentos jurídicos calcados na normatividade dos princípios que regem os juizados especiais, a jurisprudência do STJ tem ressaltado que a relevância social do direito (*in casu*, benefícios da seguridade social) constitui argumento apto a autorizar a aplicação da fungibilidade.
- e) A não apresentação de pedido alternativo na peça exordial torna imperiosa a salvaguarda das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em favor da autarquia previdenciária, como forma de preservar-se a validade da sentença que reconhece a fungibilidade.
- f) À vista da ausência de previsão legal da *fungibilidade*, cumpre ao magistrado reconhecer, mediante valoração prévia do material probatório carreado aos autos, a possibilidade de aplicação da fungibilidade, promovendo a *adequação* do procedimento à necessidade de reconhecimento do direito (auxílio-doença) que se apresenta evidente.

- g) O princípio processual da *adequação* impõe ao magistrado o dever de viabilizar, a despeito da inexistência de pedido expresso neste sentido, a prestação de uma tutela jurisdicional que proporcione ao segurado o exato bem da vida (auxílio-doença) a que ele faria jus se o INSS não houvesse agido com desacerto.
- h) Na aplicação da fungibilidade, a atuação jurisdicional não deve se operar de maneira discricionária; ao contrário, é mister que o magistrado atue pautado pelo princípio da cooperação, de sorte a proporcionar aos litigantes uma clara sinalização a respeito da possibilidade de aplicação da fungibilidade.
- i) No caso hipotético tratado, o princípio da cooperação atua como um limitador e orientador da atividade jurisdicional, a qual não poderá ser exercida sem prévio diálogo com as partes e com desrespeito às garantias processuais constitucionais.
- j) O resguardo do contraditório, da ampla defesa e de seus respectivos consectários é proporcionado pela designação de audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que o demandado poderá apresentar alegações não contidas na contestação, produzir provas e manifestar-se acerca do reconhecimento da fungibilidade.
- k) A designação de audiência deverá ser feita preferencialmente por decisão fundamentada, na qual o juiz deverá expor elementos mínimos de convicção acerca da possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade, em obséquio ao princípio da cooperação (dever de esclarecimento do órgão julgador)
- l) Não há nulidade na sentença que reconhece a fungibilidade, desde que o procedimento judicial tenha sido conduzido em obediência ao princípio da cooperação e sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.



## 5. REFERÊNCIAS

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 14 ed. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2013.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 25<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2008.

SAVARIS, José Antônio. Direito Processual Previdenciário. 3. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SAVARIS, José Antônio. Uma Teoria da Decisão Judicial da Previdência Social: contribuição para superação da prática utilitarista. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. Procedimentos Especiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 201

MARTINEZ, Wladimir Novaes, *Curso de Direito Previdenciário. Tomo I. Noções de Direito Previdenciário*. São Paulo: Editora LTr, 2011