

O INTERESSE DE AGIR NA POSTULAÇÃO JUDICIAL DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Jone Fagner Rafael Maciel
Procurador Federal em exercício na
Procuradoria Federal Especializada do INSS em Diamantina/MG.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Princípio Constitucional da inafastabilidade do judiciário. Âmbito de proteção da citada garantia constitucional e sua conformação pelo legislador ordinário; 2.1 Resistência como elemento caracterizador da lide, requerimento administrativo e exaurimento da esfera administrativa; 3 Análise crítica de outras circunstâncias que poderiam resultar na desnecessidade de ser demonstrada resistência anterior por parte da Administração para o ingresso em Juízo; 3.1 Ato praticado no exercício de competência discricionária e a atuação jurisdicional; 3.2 A singularidade dos casos concretos, a formatação de decisões com cunho de generalidade e a atuação jurisdicional; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade aclarar alguns conceitos respeitantes ao argumento suscitado pelo INSS em determinadas demandas quando não demonstrado, pelo autor processual, um comportamento comissivo ou omissivo anterior por parte da autarquia que, dessa forma, fizesse surgir o interesse (aqui visto sob o ângulo da necessidade) daquele em obter um provimento jurisdicional de mérito. Para tanto, verificaremos se a tese levantada pelo INSS vulnera os princípios da inafastabilidade da Jurisdição e da legalidade previstos no texto constitucional, bem como trataremos ao debate outras circunstâncias que poderiam conferir melhor consistência à discussão desse caso específico.

PALAVRAS-CHAVE: Processual civil. Interesse de agir. Pretensão resistida como condição para a apreciação do mérito da demanda.

1 INTRODUÇÃO

Ao observar as lides enfrentadas pelo INSS, constata-se haver certa confusão conceitual respeitante à tese suscitada pela autarquia referente à necessidade do pretense beneficiário da Previdência Social demonstrar o efetivo interesse processual em socorrer-se ao judiciário para ver atendida a sua pretensão de direito material, demonstração essa que, via de regra, faz-se mediante a formulação prévia do seu pleito em sede administrativa.

Com efeito, advogados têm argumentado e juízos deferido os pedidos de rejeição da preliminar de mérito suscitada em sede de contestação e apelação – falta de interesse de agir do postulante quando não demonstrada resistência anterior, por ação ou omissão, à sua pretensão –, sob a assertiva de que tal exigência equivaleria à necessidade de prévio exaurimento da esfera administrativa (o que acarretaria infringência ao princípio da legalidade, haja vista não existir lei que assim determine) e vulneração ao princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/88), já que o prévio requerimento não pode ser alçado à circunstância impeditiva ao ingresso do cidadão em juízo.

Todavia, afiguram-se inconsistentes as teses suscitadas – ou pelo menos a forma como o são – para afastar a preliminar argüida, eis que as respostas dadas não se adéquam à questão formulada pela autarquia, conforme pretenderemos demonstrar.

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DO JUDICIÁRIO. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA CITADA GARANTIA CONSTITUCIONAL E SUA CONFORMAÇÃO PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO

Como dito, afirma-se a existência de certa confusão conceitual por parte de grande parte dos operadores jurídicos quanto à assertiva levantada pelo INSS respeitante à falta de interesse de agir de determinado autor de uma ação judicial quando não demonstrada resistência anterior à sua pretensão, pois, em uma análise um pouco mais detida, observa-se que o acatamento à tese sustentada não colide, sob nenhum aspecto, com os princípios constitucionais da legalidade e da inafastabilidade, nem muito menos se está a falar da necessidade

de esgotamento prévio das vias administrativas para o acesso ao judiciário.

Todavia, antes de firmarmos posição quanto ao acerto ou desacerto da tese argüida pelo INSS concernente à possível negação ao princípio inserto no art. 5º, XXXV, CF/88, compete-nos delimitar o âmbito de proteção da citada garantia (o que é efetivamente protegido e contra que tipo de agressão ou restrição se outorga esta proteção), de modo a verificar se a exigência *legal* de prévia demonstração de lesão ou ameaça de lesão à determinada posição subjetiva (conforme consta do art. 3º do CPC) para que o judiciário venha a analisar o mérito de determinada demanda finda por afrontar o sobredito direito fundamental.

Gilmar Ferreira Mendes¹, ao dissertar sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as suas possíveis limitações, aduz que:

Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto de proteção (O que é efetivamente protegido?: Was ist (eventuell) geschützt?), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção (Wogegen ist (eventuell) geschützt?). Não integra o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito.

Na dimensão dos direitos de defesa, âmbito de proteção dos direitos e restrições a esses direitos são conceitos correlatos. Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.

De fato, a análise do mencionado dispositivo constitucional (CF, art. 5º, XXXV) parece evidenciar ter o legislador constituinte em mente mais a densificação ou concretização do acesso à jurisdição, com a proscrição de eventuais vedações, veiculadas por meio de leis, que pudessem nulificar esse importante instrumento de exercício da cidadania (acesso à ordem jurídica justa), do que eventual imposição de restrições ao seu alcance normativo.

1 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Contudo, tal entendimento não permite afirmar estar vedado ao legislador a criação de procedimentos necessários ao exercício do direito em análise, até porque a concretização de muitos dos direitos fundamentais insertos no texto constitucional (o que inclui o do acesso ao Judiciário) necessitam da *interpositio legislatoris* para ganharem densificação suficiente de modo a tornarem-se efetivos²⁻³, pois sem a intervenção constitutiva da lei tais direitos não têm força prática.

Colhemos mais uma vez do magistério doutrinário de Gilmar Mendes⁴ a seguinte passagem:

Não raras vezes, destinam-se as normas legais a completar, densificar e concretizar direito fundamental. É o que se verifica, v. g., em regra, na disciplina ordinária do direito de propriedade material e intelectual, do direito de sucessões (CF, art. 5º, XXII – XXXI), no âmbito da proteção ao consumidor (CF, art. 5º, XXXII), e do direito à proteção judiciária (CF, art. 5º, XXXV, LXVII – LXXII).

Sem pressupor a existência das normas de direito privado relativas ao direito de propriedade, ao direito intelectual e ao direito de sucessões, não haveria que se cogitar de uma efetiva garantia constitucional desses direitos. *Da mesma forma, a falta de regras processuais adequadas poderia transformar o direito de proteção judiciária em simples reforço retórico. Nessa hipótese, o texto constitucional é explícito ao estabelecer que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV)’. Fica evidente, pois, que a intervenção legislativa não apenas se afigura inevitável, como também necessária. Veda-se, porém, aquela intervenção legislativa que possa afetar a proteção judicial efetiva.*

Dessarte, a simples supressão de normas integrantes da legislação ordinária sobre esses institutos pode lesar não apenas a garantia institucional objetiva, mas também direito subjetivo constitucionalmente tutelado.

2 - CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Estudos Sobre Direitos Fundamentais. Coimbra, 2004.

3 - “Em regra, o mandato para proteção de direitos fundamentais é satisfeito pela ordem jurídica – e, em especial, através da salvaguarda de posições jurídicos fundamentais relevantes dos cidadãos contra ingerências por parte de terceiros – logo, por meio da ordem jurídica infra-constitucional – se for o caso disso, equilibrando as posições de ambas as partes” (LECHER, citado por CLAUS-WILHELM CANARIS, in Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, 2006)

4 - MENDES, op. cit.

A conformação dos direitos individuais assume relevância sobretudo no tocante aos chamados direitos de âmbito de proteção estrita ou marcadamente normativo (rechtsnormgeprägter Schutzbereich), uma vez que é a norma ordinária que acaba por conferir conteúdo e efetividade à garantia constitucional. (grifo nosso)

Assim, tem-se um direito fundamental que garante o acesso à jurisdição – e conseqüente direito a uma resposta do Estado, dada a assunção por parte deste do monopólio da jurisdição – sempre que se vislumbrar lesão ou ameaça de lesão a posições jurídicas subjetivas de quaisquer pessoas. Contudo, essa resposta do Estado variará de acordo com as prescrições normativas decorrentes das regras processuais que fixam determinados condicionamentos a serem observados pelas partes que ingressam em juízo.

Para o que interessa a presente discussão, o art. 3º do CPC, regramento de constitucionalidade até então não questionada, é peremptório ao afirmar que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade, exigências essas que, ao lado da possibilidade jurídica do pedido, consubstanciam as chamadas condições da ação⁵, cuja não demonstração pela parte não resultará na negativa de resposta do Estado, mas, entretanto, *tal resposta será de inviabilidade da análise do mérito da pretensão deduzida*, circunstância essa que não deságua, sobremaneira, em negativa de prestação jurisdicional.

Em apóio o entendimento aqui propugnado, Ada Pellegrini, Antônio Cintra e Cândido Dinamarco⁶, ao discorrem sobre as condições da ação ensinam que:

Embora abstrato e ainda que até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário. São as denominadas condições da ação (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade ad causam), ou seja, as condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional. *Mas ainda que a resposta do juiz se exaura na*

5 O próprio Liebman ao depois terminou por afirmar que a possibilidade jurídica compõe o interesse de agir. “Mas a maior prova do açodamento na adoção desta teoria deriva de inesperada deserção. Enrico Tullio Liebman, em que se buscou a inspiração, a quem se procurou homenagear, eliminou a possibilidade jurídica dessa categoria” (ASSIS, Araken. Cumulação de ações. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002).

6 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

pronúncia de carência de ação (porque não se configuraram as condições da ação), terá havido exercício da função jurisdicional. (grifo nosso)

O mesmo entendimento é professado por José Roberto dos Santos Bedaque⁷, que afirma, in verbis:

A legitimidade, como as demais condições da ação, não representa óbice ao exercício do poder constitucional, conferido a todos, de utilização dos mecanismos estatais de soluções de controvérsias. Constitui, na verdade, técnica processual destinada a possibilitar o exame sumário da relação material logo no início do processo, que será extinto caso não se mostre útil o seu desenvolvimento. São casos em que a tutela jurisdicional se mostra inviável desde logo, podendo o juiz, em atenção ao princípio da economia processual, colocar fim ao processo sem exame mais profundo da relação material, pois essa atividade se mostra desnecessária. Se essa extinção implica ou não julgamento do mérito, cabe ao legislador processual adotar a solução que entender tecnicamente mais correta, em função da profundidade da cognição realizada pelo juiz. *De qualquer modo, ainda que ausente qualquer das condições, a garantia constitucional de acesso ao modelo processual-constitucional não sofre restrição. (grifo nosso)*

Assevera, ainda, o mesmo autor que:

O direito processual é formado por um conjunto de regras destinadas a estabelecer meios de aplicação coercitiva das soluções previstas no plano substancial e não adotadas naturalmente pelos envolvidos no conflito de interesses;

[...]

Efetividade da tutela jurisdicional significa a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material. *Ou seja, a parte somente necessita pedir a intervenção estatal se não houver satisfação voluntária do direito. Espera-se, pois, que essa atuação possa proporcionar ao titular do interesse juridicamente protegido resultado idêntico, ou, pelo menos semelhante,*

7 BEDAQUE, José Roberto dos S. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

*àquele previsto no ordenamento substancial e não obtido pela vontade do obrigado.*⁸ (grifo nosso)

Desse modo, para que tenha a parte uma resposta concernente ao mérito de sua pretensão deverá demonstrar ser detentora de legitimidade (ordinária ou extraordinária), ser seu pedido juridicamente possível, ou seja, não vedado pelo ordenamento jurídico, bem como ter interesse na prestação jurisdicional, regras processuais essas constitucionalmente fixadas pelo legislador ordinário de modo a dar concreção ao direito de ação, pois o cerne da irresignação versada em juízo será apreciado somente se estas se afigurarem presentes, circunstância que não permite afirmar está sendo vulnerado o comando constitucional da inafastabilidade da apreciação jurisdicional.

O citado interesse de agir se consubstancia no trinômio utilidade/necessidade/adequação. Utilidade no sentido de que há de se vislumbrar algum resultado útil no acionamento do aparato judiciário; adequação respeitante a “*relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado*”, eis que o “*provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser*”; e necessidade, a qual repousa na “*impossibilidade de obter satisfação do direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao ator o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial*”⁹.

Fixadas essas premissas, voltemos ao art. 5º, XXXV, da CF, pois dele resulta o sentido de que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário *lesão* ou *ameaça de lesão a direito*, dispositivo cujo mandamento se dirige precipuamente ao legislador, que, no exercício do seu poder de conformação, não poderá veicular proibições ou empecilhos de tal ordem que terminem por inviabilizar o efetivo exercício deste direito fundamental – direito de acesso à ordem jurídica justa, mediante a prestação de uma tutela jurisdicional rápida e eficaz. Mas, como visto, observa-se que a necessidade da apreciação jurisdicional pressupõe *um direito já lesado* (cuja providência requerida será a concessão de uma

8 BEDAQUE, op. cit.

9 CINTRA, op. cit.

tutela ressarcitória; de remoção do ilícito;..., ou seja, aquela que melhor confira à parte que tem razão o exercício efetivo do direito que lhe assiste) *ou em vias de sê-lo* (v. g. tutela inibitória).

Ou seja, o âmbito de proteção da garantia de inafastabilidade de apreciação pelo Poder Jurisdicional abarca aquelas situações de *lesão* ou *ameaça séria de lesão* a direitos, sem as quais restará desnecessária a intervenção jurisdicional por inexistência de situação de conflituosidade a debelar. Assim, para se aventar uma possível inconstitucionalidade nessa regulação feita pelo legislador ordinário quanto à necessidade de demonstração de interesse processual (lesão ou ameaça de lesão) para que o mérito da pretensão deduzida seja apreciada, teria que se demonstrar a inexistência de motivos plausíveis para se fazer tal restrição, se é que se pode considerar tal regulação como sendo uma restrição, eis que o legislador apenas está a dar a conformação à forma como se exercitará essa garantia.

Em apóio à tese aqui sustentada, basta ver as conceituações doutrinárias quanto ao acesso ao judiciário as quais sempre mencionam uma situação de *litigiosidade* a ser solucionada pelo órgão estatal incumbido de prestar jurisdição. Vejamos:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, *seja quando uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la*, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo.

[...]

O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito à justiça para defesa de *direitos* individuais *violados*, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a direitos individuais.¹⁰ (grifo nosso)

A necessária eliminação dos conflitos. Como é necessária a existência de regras jurídicas para a harmônica convivência social, e como pode existir dúvida em torno de sua interpretação, ou mesmo da intenção de desrespeitá-las, podem eclodir no seio da sociedade *conflitos de interesses*.

10 - CINTRA, op. cit.

Como a insatisfação de um interesse – *principalmente quando essa insatisfação decorre da resistência de alguém* – pode gerar tensão aos contendores e até mesmo tensão social, é importante que os *conflitos* sejam eliminados e seja encontrada a paz social, escopo do Estado¹¹. (grifo nosso)

As várias espécies de tutela de conhecimento (declaratória, condenatória e constitutiva) destinam-se a resolver tipos diversos de *crises no plano material*.

[...]

A *necessidade* de recorrer à atividade jurisdicional do Estado, para obtenção de tutela, significa existência de *fenômeno patológico no plano das relações substanciais*. A busca da proteção jurisdicional revela que algo não vai bem em determinada relação jurídica material.¹² (grifo nosso)

De modo ainda a exemplificar essa liberdade de conformação conferida ao legislador para dar concretude aos direitos descritos pela Constituição, convém trazer à colação a disposição contida no art. 5º, I, da Lei nº. 1.533/51, que normatiza o modo de exercício do mandado de segurança (garantia fundamental descrita no art. 5º, LXIX, da CF/88), dispositivo que aduz ser incabível a impetração do *writ* quando se tratar de *ato que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução*. Ou seja, embora deva ser interpretado tal dispositivo *cum granus salis* (de modo a conferir-lhe uma interpretação constitucional), se a estrutura administrativa conferir ao administrado a possibilidade efetiva de reverter a decisão do ato supostamente malferidor de direito seu, mediante a interposição de recurso dotado de efeito suspensivo, *e se este fizer uso de tal mecanismo*, restará inviabilizada, ao menos de início, a impetração do mandado de segurança. Nesse sentido são as lições de Cassio Scarpinella Bueno¹³:

A interpretação do inciso I do artigo em comento que mais se afina com a Constituição é a do não-cabimento ‘temporário’ do

11 MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

12 BEDAQUE, op. cit.

13 BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de Segurança – Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

mandado de segurança quando o impetrante ainda não tem, em sede administrativa, os contornos definitivos do ato que reputa ilegal ou abusivo. Desde que possa recorrer administrativamente impugnando eficazmente o ato ou o fato que entende ilegal ou abusivo, não há interesse jurídico na impetração do mandado de segurança.

De acordo com a melhor doutrina processual, o interesse de agir compõe-se de um trinômio: a utilidade, a necessidade e a adequação. Relevante para a adequada compreensão do inciso I do art. 5º da Lei n. 1.533/51, é o requisito da necessidade, isto é, ser o ingresso no Judiciário o único mecanismo apto a afastar a lesão ou a ameaça à afirmação do direito do impetrante, e, nessas condições, única forma de persecução eficaz do bem da vida que ele vê lesionado ou ameaçado.

Desde que o impetrante possa recorrer administrativamente sem qualquer espécie de ônus ou gravame e desde que o seu recurso administrativo seja recebido com efeito suspensivo, a necessidade da impetração fica sistematicamente afastada, porque não existe, mercê daquele efeito recursal, qualquer eficácia no ato impugnado e, conseqüentemente, qualquer possibilidade de lesão ou ameaça a direito. Nessas condições, não há interesse jurídico na impetração.¹⁴

No caso, observe-se que a administração já emitiu um ato – portanto, externalizou um comportamento – que entende o administrado ser contrário aos seus interesses, mas caso os efeitos do ato considerado malferidor de determinado direito possam ser suspensos mediante a apresentação de um recurso administrativo dotado de efeito suspensivo e ao exercer aquela essa faculdade, o ingresso em juízo mediante o uso da garantia constitucional do mandado de segurança restará inviabilizada inicialmente, haja vista a inexistência de interesse processual. Assim, e com mais força ainda, é flagrante a inexistência de interesse processual quando a administração sequer produziu algum tipo de comportamento prévio (inação não ilícita).

Assim, parece-nos um pouco mais do que evidente a insustentabilidade da simplória alegação de que a extinção de processos

14 Veja-se para tanto: **STF** - MS 24511/DF. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 30/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno; **STJ** - REsp N° 198.560 – RJ, Relator Min. Milton Luiz Pereira. DJ 01.07.2002; **STJ** - MS 3824/DF. Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. PRIMEIRA SEÇÃO.

nos casos em que resta indemonstrada a necessidade de prestação jurisdicional, em virtude da inexistência de lesão ou ameaça de lesão ao direito que a parte diz assistir-lhe, resulte em afronta direta ao princípio constitucional da inafastabilidade de apreciação pelo Judiciário, pois o âmbito de proteção da norma parece não abarcar as situações em que a parte não se desincumbiu do ônus de demonstrar, segundo exigido pelas normas processuais ordinárias, a necessidade da prestação jurisdicional por ela invocada.

Ora, muitos são os casos de extinção de processos, seja em seu nascedouro ou durante o seu trâmite, em decorrência da constatação do não preenchimento pelo autor das condições necessárias à apreciação do mérito da insurgência veiculada, e até hoje não se deduziu o desacerto de tais decisões. Para tanto, basta ver que tanto nossa Corte Suprema, guardiã da Constituição, como o STJ, têm julgados nesse sentido:

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Execução fiscal. Débito exequendo. Valor insignificante. *Interesse de agir. Ausência. Extinção do processo. Ofensa ao artigo 5º, caput e inciso XXXV, da Constituição. Inexistência. Agravo regimental não provido. Precedentes. Não ofende o princípio da igualdade nem o postulado do livre acesso ao Poder Judiciário, decisão que, em execução fiscal, extingue o processo por falta de interesse de agir*, quando se trate de débito de valor insignificante. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Execução fiscal. Débito exequendo. Valor insignificante. Interesse de agir. Ausência. Extinção do processo. Ofensa aos artigos 2º, 5º, inciso II, e 150, § 6º, da Constituição. Ofensa indireta. Agravo regimental não provido. Precedentes. Não cabe recurso extraordinário, em que se alegue ofensa aos artigos 2º, 5º, II, e 150, § 6º, da Constituição, de decisão que, em execução fiscal, extingue o processo por falta de interesse de agir, por configurar ofensa meramente reflexa à Constituição. 3. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Argumentação velha. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.¹⁵; (grifo nosso)

15 AI-AgR 464957/DF. AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 28/09/2004. Órgão Julgador: Primeira Turma.

MANDADO DE SEGURANÇA REQUERIDO CONTRA A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PEDIDO QUE, NA VERDADE, ATACA A EC N. 26/85 QUE CONVOCOU A ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE E DISPOS SOBRE O RITO PARA APROVAÇÃO DA NOVA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE APONTADA COATORA. *FALTA DE INTERESSE DE AGIR DO IMPETRANTE QUE NÃO APONTA QUALQUER OFENSA A DIREITO SUBJETIVO RESULTANTE DA CONSTITUIÇÃO EM CUJA FEITURA ENXERGA ILEGALIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. ART. 267, VI, CPC.*¹⁶. (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. CARENZIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FALTA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO COM A SUM. 89/STJ NÃO OCORRENTE.

1 - SE A INTERESSADA, SEM NENHUM PEDIDO ADMINISTRATIVO, PLEITEIA DIRETAMENTE EM JUÍZO BENEFÍCIO NÃO ACIDENTÁRIO (PENSÃO POR MORTE), INEXISTE DISSÍDIO COM A SUM. 89/STJ ANTE A DESSEMELHANÇA ENTRE AS SITUAÇÕES EM COTEJO, SENDO, POIS, CORRETO O JULGADO RECORRIDO AO FIXAR A AUSÊNCIA DE UMA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO - INTERESSE DE AGIR - PORQUANTO, A MINGUA DE QUALQUER OBSTÁCULO IMPOSTO PELA AUTARQUIA FEDERAL (INSS), NÃO SE APERFEIÇA A LIDE, DOUTRINARIAMENTE CONCEITUADA COMO UM CONFLITO DE INTERESSES CARACTERIZADOS POR UMA PRETENSÃO RESISTIDA.

2 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO¹⁷.

Por conseguinte, partindo-se deste pressuposto, e sabendo-se que o direito não pode ser compreendido/interpretado/aplicado de

16 MS 20902/DF. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. CELIO BORJA. Julgamento: 31/05/1989. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

17 REsp 147408/MG. RECURSO ESPECIAL. 1997/0063112-5. Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES. SEXTA TURMA. 11/12/1997.

forma diversa em situações que apresentam idêntica similitude fática, se a extinção de inúmeras ações por ausência de condição necessária à análise do mérito da demanda não resulta em negativa de prestação jurisdicional, a mesma razão jurídica deve ser aplicada, *em regra*, nas causas em que o postulante de determinado benefício previdenciário não demonstre ter havido resistência, por ação ou omissão, do Estado à sua pretensão.

Assim, constatada a inexistência de condição da ação e extinto o processo sem a resolução do mérito, o exercício do direito fundamental à tutela jurisdicional – na sua vertente de acesso ao judiciário – está sendo exercido pela parte, que terá do órgão Jurisdicional do Estado uma resposta à pretensão formulada, *mas, contudo, na forma disciplinada pelo ordenamento jurídico, essa resposta será de inviabilidade da análise do mérito. Nessa perspectiva, pois, não se afigura presente a precitada vulneração ao princípio da inafastabilidade de apreciação jurisdicional.*

Saliente-se, ainda, que a exigência de demonstração pela parte de que se faz necessária à prestação jurisdicional em virtude de resistência, por ação ou omissão, ao suposto direito que diz assistir-lhe também não se apresenta como vulnerador do princípio da legalidade (*art. 5º, II, CF/88 – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*), mas, ao contrário, em vista da redação expressa dos arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC, tal providência afigura-se consentânea com o sobredito comando constitucional.

2.1 RESISTÊNCIA COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DA LIDE, REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E EXAURIMENTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA

Outra confusão que se faz respeitante à tese formulada pela autarquia diz com a alegação de desnecessidade de esgotamento prévio da esfera administrativa para o ingresso em Juízo. Ou seja, ao se questionar a existência de interesse processual dada a não demonstração pela parte de resistência, comissiva ou omissiva, ao direito vindicado e sabendo-se que, via de regra, essa prova faz-se mediante a formulação do pleito em sede administrativa, aduzem advogados e juízes que o art. 5º, XXXV, da CF/88, não faz qualquer exigência para o ingresso em Juízo.

Com efeito, embora acertado o fundamento caso seja este analisado de forma abstrata, pois a formulação de determinado pleito

em sede judicial (ou seja, o ato de ajuizar uma demanda) não necessita do preenchimento das condicionantes legais previstas pela normativa processual, é o mesmo inaplicável às situações aqui analisadas, pois o que se está a discutir não é o ingresso em juízo, mas a análise do mérito da insurgência veiculada. Ou seja, mesmo que não preencha todas as condições e pressupostos processuais previstos em nossa legislação processual, não se poderá negar a determinada pessoa que formule sua pretensão em sede jurisdicional, mas, do mesmo modo, não se pode afirmar que o mérito dessa pretensão será julgado.

Já quanto à assertiva de que não temos, em regra, uma instância administrativa de cunho forçado (a exceção somente seria aquela descrita no art. 217, § 1º, CF – *O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina desportiva após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei*), o argumento também não convence. Primeiro porque, da mesma forma do que acima descrito, é inaplicável aos casos em análise, pois o que se requer é a demonstração de resistência, demonstração essa que poderá ser feita não somente, mas na maioria das vezes, pelo requerimento formulado em sede administrativa. Ou seja, embora este seja o meio mais fácil, pode haver outros meios de comprovação da necessidade da tutela jurisdicional mesmo sem o prévio ingresso na esfera administrativa – *v. g.* a administração edita um ato normativo em que afirma somente admitir um único tipo de documento para a concessão de determinado benefício previdenciário, sem o qual negará todos os pedidos que lhe forem direcionados.

Segundo porque ainda que se exigisse o prévio requerimento administrativo, tal fato não equivale a exaurimento da via administrativa. Ora, demonstração de resistência por meio de uma formulação administrativa significa apenas e tão somente a existência de um comportamento estatal, seja negando a postulação que lhe foi feita, seja omitindo-se em emitir uma decisão em um tempo razoável, o que, a evidência, não se similariza com a necessidade de exaurimento, que pressupõe esgotamento de todos os trâmites procedimentais previstos pela organização administrativa para que, nessa sede (a administrativa), a decisão não tenha mais como ser revista.

Assim, ao que nos parece, essa linha argumentativa também não prospera.

3 ANÁLISE CRÍTICA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE PODERIAM RESULTAR NA DESNECESSIDADE DE SER DEMONSTRADA RESISTÊNCIA ANTERIOR POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PARA O INGRESSO EM JUÍZO

A crítica que se pode fazer ao entendimento de que a não demonstração de resistência à pretensão de direito material da parte resultará, **invariavelmente**, na extinção do feito sem a resolução do mérito, apresentaria mais consistência caso abordasse os seguintes aspectos:

1. A própria natureza do direito postulado em juízo, quando este decorrer de ato administrativo expedido no exercício de competência vinculada – aqui entendido como incidente o grau máximo de vinculação –, em que é retirado do agente público quase que por completo qualquer margem de atuação, torna a demonstração de prévia manifestação negativa da Administração (ou omissão desta na emissão de resposta) prescindível;
2. Situações fáticas específicas poderiam ter o condão de, excepcionalmente, afastar a norma processual (arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC) e, assim, permitir que o mérito da pretensão de direito processual pudesse vir a ser analisada (julgada).

Cuidemos, pois, de analisar o primeiro tópico acima descrito.

3.1 ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA E A ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Tratando-se a concessão ou denegação de determinado benefício previdenciário de um ato administrativo, convém, precipuamente, estabelecer a conceituação do que se entende como tal, bem como analisar as hipóteses respeitantes ao grau de liberdade quando da sua expedição para, dessa forma, podermos verificar se naqueles praticados quando do exercício de competência vinculada afigurar-se-ia prescindível a prévia demonstração de uma suposta ilicitude por parte do Estado, seja por vício de ação ou de omissão, para que se postulasse a emissão de um comando jurisdicional de mérito.

Entende-se por o ato administrativo a,

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional¹⁸.

Assim, com base na conceituação doutrinária acima especificada, parte-se do pressuposto de que somente se qualifica como ato administrativo a *declaração de vontade* expedida pelo Estado, ou por quem aja no exercício de prerrogativas públicas conferidas por lei, que termine por criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, declaração esta cuja juridicidade é, a depender da situação fática específica, controlável pelo Poder Jurisdicional, variando, todavia, a intensidade de tal sindicabilidade.

Recobre-se que esse controle jurisdicional da atividade administrativa não pode/deve se limitar àquelas situações em que a administração emite determinado ato, pois a necessidade da apreciação jurisdicional pode afigurar-se mais premente nas situações em que se vislumbra a omissão ilícita da administração em agir, dada a dificuldade na delimitação da inércia violadora de determinado direito.

No que diz respeito à margem de liberdade do agente público quando da expedição dos atos administrativos, a doutrina administrativista costuma classificá-lo em duas espécies, ato vinculado e ato discricionário¹⁹, sendo o primeiro “aqueles de mais intenso

18 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

19 Tem sido criticada tal forma de classificação, sob o argumento de que não há diferenciação qualitativa entre ato praticado no exercício de competência vinculada e no de discricionária, sendo a diferenciação, portanto, de ordem apenas quantitativa, respeitante ao grau de liberdade conferida ao Administrador incidente na hipótese prevista em lei. É o que afirma JUAREZ DE FREITAS (in *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007), ao aduzir que “*A distinção sutil entre atos vinculados e discricionários cinge-se à intensidade da vinculação à determinada normativa prévia, não tanto ao grau de liberdade na apreciação, muito menos às exigências de justificação. No caso dos atos discricionários, o bom administrador público emite juízos decisórios de valor (no campo da escolha de consequências e na determinação dos conceitos normativos, presentes na hipótese de incidência), no encaixe presumível de conferir a máxima concretização à coexistência exitosa dos valores projetados pelo sistema. Já na prática dos atos vinculados (impossível a vinculação inteira e maciça) o bom administrador emite o mínimo de juízo necessário à determinação do conteúdo do comando legal e à subordinação principiológica completa, para além do princípio da legalidade. Ou seja, não foge, impunemente, para o pseudo-mundo das regras*”. Sobre o tema, ANDREAS J. KRELL (in *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.) percorre idêntico caminho ao afirmar que “*Ainda prevalece em muitos manuais do Direito Administrativo*

condicionamento aos requisitos previamente estabelecidos pelo ordenamento, com escassa e residual liberdade de determinação do conteúdo das disposições normativas”, e este “aqueles que o agente público deve (não se trata de mera faculdade) praticar, mediante juízos de conveniência ou de oportunidade, na busca da melhor alternativa (não “a” única), sem que se revele indiferente a escolha das conseqüências, no plano concreto”²⁰.

Fixadas essas premissas, resta-nos analisar se os direitos subjetivos que, em regra, deveriam ser concedidos pelo Poder Público, resultantes de normas de alta densidade mandamental, podem ser requeridos diretamente ao Judiciário, sem a necessidade da existência de prévia manifestação negativa por parte da Administração Pública (ou omissão ilícita), já que os gizamentos legais são de tal ordem que já prefixam a ação a ser desenvolvida caso verificada a hipótese prevista, ou se é necessária, mesmo nesses casos, para o ingresso em juízo, a demonstração da ação ou omissão ilícita da Administração.

Ao responder a indagação acima suscitada, parece-nos que a circunstância da emissão do ato administrativo viabilizador de determinado direito decorrer de norma de alta densidade regulativa (o que termina por retirar quase que por completo qualquer margem de apreciação subjetiva pelo administrador) não é causa bastante só por si para se permitir ao pretense titular de determinado direito à possibilidade de postulá-lo diretamente em Juízo. Ou seja, a alta vinculação do administrador aos preceitos estritos fixados em lei não consubstancia causa autorizativa à substituição da Administração pelo Judiciário.

brasileiro a distinção rígida entre ato administrativo vinculados, definidos como aqueles atos para os quais a 'lei estabelece os requisitos e condições de sua realização, deixando os preceitos legais para o órgão nenhuma liberdade de decisão', e atos administrativos discricionários, que 'a Administração pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização'. (...) Entretanto, vale frisar, já nesse ponto, que a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo 'vinculado' não possui uma natureza diferente do ato 'discricionário', sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador quantitativa, mas não qualitativa. A decisão administrativa oscila entre os pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos lingüísticos utilizados pela respectiva lei".

20 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

Assim, ao fixar o legislador ordinário que determinado direito tem sua fruição condicionada a emissão prévia de um pronunciamento pela Administração Pública – a quem é conferida a estrutura necessária tanto à análise das circunstâncias viabilizadoras do preenchimento dos requisitos legais, como pela emissão de diretrizes normativas concretas por meio de seu corpo técnico a serem observadas (condicionamentos) –, não se pode alterar essa normatização ao se pleitear a emissão deste ato, que deveria ter natureza administrativa, por órgão diverso (que, em regra, age apenas como administrador negativo), no caso, o Jurisdicional, com base na simplória e cansativa alegação de que a imposição de tal vedação equivaleria a negar vigência ao princípio da inafastabilidade.

Convém, todavia, esclarecer que não se está a sustentar a impossibilidade do judiciário, quando provocado, emitir um provimento jurisdicional em substituição a um *ato administrativo* (vício por ação), por entendê-lo contrário à ordem constitucional e infraconstitucional (sob o prisma, portanto, da juridicidade), ou mesmo emití-lo de forma primeira, ante a *inércia desarrazoada* do Poder Público (vício por omissão)²¹. Todavia, recobre-se que tanto em um como no outro caso é inegável a existência de um comportamento (comissivo ou omissivo) prévio da Administração a fundamentar uma atuação posterior do Judiciário²².

21 Ao se abandonar a dicotomia ato vinculado versus ato discricionário, passando-se a verificar a partir de então o grau de vinculação do administrador à juridicidade (regras e princípios de ordem constitucional) quando da expedição do ato administrativo, reforça-se o entendimento quanto à possibilidade de sindicabilidade judicial dos diversos atos expedidos no exercício de competência pública (vinculada ou discricionária), variando, apenas, a intensidade desse controle, circunstância reforçada no Brasil, pois a nossa realidade termina por justificar “um efetivo controle da Administração Pública, cuja estrutura é extremamente viciada, inclusive pela excessiva penetração do elemento político no funcionamento da administração, assolada por males como o ‘spoils system’ na designação dos titulares de ‘cargos em comissão’, cujo excessivo número, sem dívida, macula qualquer sentido de profissionalismo dos Órgãos de direção, por serem alçados a esses postos da Administração Pública pessoas que efetivamente têm bem mais vinculação com as estruturas do poder político responsáveis pelas indicações que com o efetivo interesse público (CAVALCANTE, Francisco de Queiroz B. Trecho citado por Andréas J. Krell, in *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental – O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004).

22 Nesse sentido, aduz Vladimir da Rocha França (in *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo – Coleção Temas de Direito Administrativo*, n. 18, São Paulo: Malheiros, 2007): *“Malgrado a ausência de caráter prescritivo na omissão, nada impede que a lei associe à omissão administrativa o efeito jurídico de indeferimento do pedido do interessado. Nesse caso, o interessado tem o direito de recorrer ao Poder Judiciário para solicitar um provimento jurisdicional que determine à Administração o dever de motivar a omissão, caso haja espaço para discricionariedade administrativa. (...) Se o ato administrativo é vinculado, o interessado preenche os requisitos estabelecidos em lei e esta é expressa quanto ao efeito denegatório, o Poder Judiciário deve suprir a omissão administrativa e assegurar o direito do interessado”*.

Dessa forma, não havendo diferença qualitativa entre “ato vinculado” e “ato discricionário”, a existência de parâmetros mais rígidos fixados pelo legislador respeitantes à atuação concreta do administrador não evidenciam estar autorizada a emissão de um provimento jurisdicional em substituição à Administração Pública, sem que tenha havido *prévio motivo* para tanto (ação ou omissão ilícita desta).

3.2 A SINGULARIDADE DOS CASOS CONCRETOS, A FORMATAÇÃO DE DECISÕES COM CUNHO DE GENERALIDADE E A ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Passemos agora a analisar a segunda indagação deduzida: situações fáticas específicas poderiam ter o condão de, excepcionalmente, afastar a norma processual (arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC) e, assim, permitir que o mérito da pretensão de direito processual pudesse vir a ser analisada (julgada) mesmo quando não demonstrada resistência anterior ao exercício de determinado direito.

Parte o judiciário de soluções adrede concebidas quando se depara com situações fáticas evidenciadoras da inexistência de requerimento administrativo do postulante de determinado benefício previdenciário.

Alegada a preliminar de mérito, os Juízos a rechaçam de plano, sob a alegação de que ao se aceitar tal argumentação estar-se-ia negando vigência ao princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário. Assim, não analisam as circunstâncias e nuances específicas dos casos com os quais se deparam, partindo do pressuposto de que todos os casos são iguais e, portanto, não merecem ser analisados em profundidade, repetindo acriticamente decisões anteriores proferidas por outros juízos ou pelas Cortes Jurisdicionais.

Todavia, é de se perguntar se essa prática jurisdicional de repetir ementas de julgados que, em algumas circunstâncias, não são sequer aplicáveis ao caso em que estão sendo usadas, não termina também por ser uma negativa de prestação jurisdicional, pois retira desta função o nobre mister que lhe é conferido e cuja legitimação pressupõe a apreciação e regulação daquela específica situação concreta – a qual pode possuir peculiaridades que a tornam única – mediante a emissão de um comando jurisdicional que demonstre, de forma fundamentada, os pressupostos de fato e de direito que desaguaram num e não em

outro tipo de decisão.

Com efeito, as decisões pretéritas retiram sua força e aceitabilidade da correta aplicação das regras e princípios que lhe servem de fundamento e que, portanto, têm serventia à plena regulação de dada situação concreta. Ou seja, aquele precedente jurisprudencial vai servir como parâmetro para outra causa apenas e tão somente se se afigurar presente a mesma razão de decidir, dado que as situações fáticas postas à apreciação demandam a aplicação das mesmas regras e princípios, com a mesma ou análoga intensidade²³. Sobre o tema aduz Lênio Luiz Streck²⁴:

Dito de outro modo, no “verbetes jurisprudencial” não está contida a essencialidade (ou o holding) relativa ao que seja uma insignificância jurídica, para falar diretamente do objeto do presente recurso. Como diz Heidegger, tomar aquilo que “é” por uma presença constante e consistente, considerado em sua generalidade, é resvalar em direção à metafísica. Por isso, o saber representativo (metafísico), ao invés de mostrar o ente como ele é, acaba por escondê-lo e anulá-lo, ficando o “crime como o crime” afastado, anulado (Cfe. Heidegger, in *Vorträge und Aufsätze*).

Com efeito, não há, nos verbetes jurisprudenciais, uma essência, acompanhada de um sentido, *que seja comum e que se adapte a todos casos jurídicos*. Aplicados descontextualizadamente, levam ao obscurecimento da singularidade do caso. E, sempre dizemos, direito é uma questão de “caso concreto”. Paradoxalmente, não podemos esconder o caso concreto debaixo de um verbebo que trata de matéria absolutamente diversa! E é nesse contexto que se enquadra o presente feito.

[...]

23 É o que afirma Pietro Perlingieri ao falar da jurisprudência e do papel do precedente judiciário, (*in* *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Renovar, 3 ed.): “*Na verdade, a eficácia normativa do precedente reside na eficácia normativa das regras e dos princípios de direito positivo interpretados e aplicados pela jurisprudência. Por conseguinte, no sistema jurisprudencial os precedentes têm um papel relevante; o seu fundamento está na aplicação e na interpretação de normas e princípios que não são próprios, mas que, ao contrário, pertencem ao sistema como das fontes normativas primárias, sem as quais seriam flores sem caule*”.

24 STRECK, Lênio Luiz. Veja quando um caso concreto não é um caso concreto: caso prático. Disponível em: <[HTTP://www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 02.08.2008.

A fundamentação deve – sempre –, conforme já exposto, estar relacionada às circunstâncias do caso concreto: não pode seguir modelos de argumentação pré-fabricados, sem que encerrem perfeita harmonia e correspondência. Para embasar-se caso presente em precedente pretérito, mister que sejam idênticas as circunstâncias e, para a constatação dessa identidade entre os casos, é imprescindível que se faça a devida análise; deve haver a devida contextualização.

Dessa forma, parece-nos inviável formatar-se padrões decisórios de modo a torná-los aplicáveis a todos os tipos de causas, sem que se verifiquem as especificidades de cada caso, pois a redução de tudo a um simples raciocínio silogístico termina por negar a própria prestação jurisdicional, eis que a solução “pronta para ser usada”²⁵ não se presta, no mais das vezes, para solucionar a divergência exclusiva de dada situação. Sobre o tema, vale trazer à colação CHAÏM PERELMAN²⁶, que ao discursar sobre o raciocínio argumentativo que leva a uma decisão aduz:

Com efeito, a estrutura da argumentação que motiva uma decisão parece muito diferente da de um silogismo pelo qual passamos das premissas a uma conclusão. Enquanto no silogismo a passagem das premissas à conclusão é obrigatória, o mesmo não acontece quando se trata de passar dos argumentos à decisão: tal passagem não é de modo algum obrigatória, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum.

Conforme expusemos acima, no mais das vezes afigura-se acertado o argumento pertinente à inexistência de interesse de agir quando não demonstrada resistência, seja por ação ou omissão, à pretensão de direito material do postulante de determinado benefício previdenciário, sem que com isso se possa afirmar, de forma imediata, vulneração ao princípio da inafastabilidade. Contudo, não se pode afirmar, da mesma forma, que todas as vezes que se nos depararmos com um processo judicial em que se verifique a inexistência de prova da resistência oferecida ao direito da parte pelo Estado restará inviabilizada (proibida) a análise do mérito da sua pretensão, pois se assim o fosse incorreríamos no mesmo erro aqui contestado (formatar padrões com a pretensão de ter aplicabilidade na generalidade dos casos).

25 - A referência entre aspas é expressão de Lênio Streck.

26 - PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Assim, situações fáticas específicas poderão evidenciar a prescindibilidade em se exigir da parte a demonstração de oferecimento prévio de resistência por parte do Estado à fruição do bem da vida por ela pretendido, pois não obstante a inexistência de interesse de agir na forma como exigido pela técnica processual, não menos verdadeiro afigura-se a existência de interesse real na fruição de determinado direito conferido pela ordem jurídica, circunstância reforçada pela própria condição pessoal de algumas partes que, dada a pouca ou nenhum instrução que possuem, direito que lhes é negado pelo próprio Estado, não podem ter contra si mais um fator de exclusão social, negando-se-lhes o acesso à justiça.

Como exemplo, podemos citar alguns postulantes rurícolas que laboram sob o regime de economia familiar, os quais ingressam diretamente em juízo por meio dos Juizados Especiais Federais, sem que estejam auxiliados por qualquer tipo de assistência jurídica, sendo certo que, nesses casos, seria demasiado exigir-se de tais pessoas que conheçam a fundo a técnica processual, de modo que só viessem ao Estado-Juiz pedir a emissão de um provimento quando demonstrassem a existência de um comportamento ilícito prévio do Estado-Administração respeitante ao direito que entendem assistir-lhes.

Desse modo, as peculiaridades inerentes às circunstâncias de determinada demanda poderão, tal como citado acima (ou seja, sempre se cuidará de exceções à regra), retirar força da normativa processual respeitante à exigência de prévia demonstração de lesão ou ameaça de lesão a determinada posição subjetiva *para que se possa ver julgado o mérito da pretensão exercitada em Juízo*, pois, do contrário, valerá a disposição do art. 3º do CPC, que exige a presença da sobredita condição da ação, o que, como já afirmado, guarda perfeita sintonia com a interpretação exurgente do comando Constitucional, o qual afirma que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário *lesão ou ameaça de lesão a direito*.

4 CONCLUSÃO

Feitas as considerações acima, e de modo a não nos tornamos repetitivos no presente momento, a conclusão que se pode extrair – se é que ela pôde ser visualizada nas linhas acima escritas – é que até o presente momento não obtivemos do Judiciário resposta consistente quanto à questão suscitada, pois sempre as decisões tangenciam os

argumentos levantados.

Com efeito, poderá afigurar-se totalmente desacertado o entendimento adotado em juízo pelo INSS, seja por qual motivo for (fins do Estado, natureza social das dos benefícios previdenciários, etc.), mas se erro há, compete ao judiciário evidenciá-lo, assumindo, como não poderia deixar de ser, o ônus argumentativo de expor os motivos reais pelos quais afasta a questão que lhe é posta a apreciação, de modo a conferir consistência, aceitação e, conseqüentemente, legitimidade ao exercício da sua função.

5 REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos S. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de Segurança – Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANARIS, CLAUS-WILHELM. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo – Coleção Temas de Direito Administrativo**, n. 18, São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, JUAREZ. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

KRELL, ANDREAS J. **Discrecionariade Administrativa e Proteção Ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional.** 3. ed. Renovar.

STRECK, Lênio Luiz. **Veja quando um caso concreto não é um caso concreto:** caso prático. Disponível em: <[HTTP://www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 02 ago. 2008.

