
O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Francisco Wendson Miguel Ribeiro
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 O direito à proteção judicial efetiva; 1.1 Os Direitos Fundamentais; 1.2 O Direito Fundamental à Ação; 1.3 Conformação e limitações do Direito Fundamental de acesso ao Judiciário; 2 AS Condições da Ação; 2.1 As Teorias da Ação 2.2 A possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade das partes; 2.3 O interesse de agir; 2.3.1 O Interesse-utilidade; 2.3.2 O interesse-necessidade (necessidade de acionamento do Judiciário para o exercício do direito; 3 Os benefícios previdenciários; 3.1 Os benefícios previdenciários; 3.2 O requerimento administrativo dos benefícios previdenciários e a rede de atendimento do INSS; 4 A regra da necessidade do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ingresso no Judiciário; 4.1 O Princípio da Separação dos Poderes; 4.2 A leitura deontológica da Constituição Federal e

a imposição constitucional da regra da necessidade do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ingresso no Poder Judiciário; 4.3 A posição jurisprudencial do STF; 5 Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal reza os intiludados direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o direito de acesso ao Poder Judiciário (princípio, garantia ou direito de ação, da inafastabilidade da jurisdição ou da proteção judicial efetiva), o qual é previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna e estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Por outro lado, como cediço, o direito de acesso ao Judiciário, assim como outros direitos, sofre os efeitos da atividade legislativa ordinária destinada à sua conformação ou limitação, máxime com vistas a evitar a eventual colisão com outros direitos ou valores constitucionais. E fruto desta atividade legislativa é a fixação das chamadas condições da ação, que, segundo os artigos 3º e 267, VI, do Código de Processo Civil, são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Cuida-se, pois, o sistema processual civil brasileiro, de um sistema influenciado pela Teoria Eclética da ação defendida por Liebman, a qual salienta que, não obstante seja a ação um direito subjetivo abstrato de provocar a prestação do Estado, este direito, em função da necessidade da seletividade de acesso ao Judiciário e da observância de outros princípios constitucionais, como, v.g., o princípio da separação dos Poderes (Constituição Federal, art. 2º), está condicionado à presença de condições especiais, dentre as quais, como visto, o interesse de agir, que se revela configurado quando presente o binômio necessidade-utilidade.

Assim, nesse contexto normativo e doutrinário, o Poder Judiciário brasileiro se vê atualmente obrigado a dirimir lides processuais em que se discute a necessidade, ou não, para o ajuizamento de ação objetivando a concessão de benefício previdenciário, do prévio requerimento administrativo. Noutros termos, debate-se acerca de se considerar, ou não, a prévia postulação administrativa um requisito para a configuração da condição interesse processual para a postulação judicial relativa a benefício previdenciário.

Contudo, a questão acerca de ser o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário condição para o ajuizamento da ação que intenta o mesmo benefício ainda não encontrava pacificação na jurisprudência de nossos Tribunais. Isso porque os Tribunais brasileiros variavam o entendimento sobre a necessidade, ou não, do

prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ajuizamento da ação que intenta o mesmo benefício, visto que alguns consideravam indispensável o mencionado requerimento administrativo, em virtude do preconizado no art. 2º da Carta Constitucional de 1988 (princípio da separação dos Poderes), e outros, em face do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (princípio da inafastabilidade da jurisdição), o consideravam prescindível para o acionamento do Poder Judiciário.

Nessa seara é que desenvolvo esta pequena pesquisa, que, flutuando entre os Direitos Constitucional, Processual Civil e Previdenciário, analisará o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário à luz dos princípios constitucionais do direito de proteção judicial efetiva e da separação dos Poderes, incluindo as consequências pela sua inobservância por parte do suposto segurado do RGPS.

1 O DIREITO À PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA

1.1 Os Direitos Fundamentais

A Constituição Federal preconiza os denominados direitos fundamentais¹, que, numa definição sintética, podem ser definidos como as prerrogativas, faculdades e instituições universais, históricas, inalienáveis, imprecritíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, constitucionais, vinculativas dos poderes públicos e de aplicação imediata que constituem princípios básicos da ordem constitucional e concretizam o ordenamento jurídico em garantia de uma convivência livre, igual, digna e fraterna de todas as pessoas.

Com efeito, os direitos fundamentais se caracterizam pela: i) universalidade, na medida em que se destinam a todos os seres humanos ou, com relação a determinados direitos (p.e., os direitos fundamentais dos trabalhadores), a todos os seres humanos de um determinado grupo; ii) historicidade, visto que são o resultado de todo um processo histórico e somente ostentam sentido em um determinado contexto temporal, podendo, ainda, sofrer transformações, modificações e ampliações ao longo do tempo; iii) inalienabilidade e indisponibilidade, pois são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis, porque não se encontram no conteúdo econômico-patrimonial de seu titular; iv)

1 Conforme salientado por CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 535, "ao optar por adotar a expressão 'direitos fundamentais', a Constituição de 1988 se inspirou, principalmente, na Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e na Constituição Portuguesa de 1976, além de seguir os passos da Constituição da Espanha de 1978, da Turquia de 1982 e da Holanda de 1983, rompendo uma tradição do nosso direito constitucional positivado". Ademais, "essa opção terminológica se dá não só por questões pragmáticas, pois é a terminologia adotada pela Constituição de 1988, como por questões técnicas, haja vista que a expressão direitos fundamentais [...] é mais abrangente, compreendendo todas as outras", tais como "liberdades públicas", "liberdades fundamentais", "direitos individuais", "direitos subjetivos", "direitos públicos subjetivos" e "direitos humanos".

imprescritibilidade, já que não se perdem com o tempo, podendo ser exercíveis e exercidos a qualquer tempo, sem a preocupação com eventual prescrição; v) irrenunciabilidade, porquanto, embora possam não ser exercidos, não podem ser objeto de renúncia; vi) constitucionalização, uma vez que são consagrados e positivados na própria Constituição e, portanto, ostentam hierarquia (supremacia²) constitucional, não podendo ser contrariados por nenhuma outra norma presente no ordenamento jurídico; vii) vinculatividade dos poderes públicos, pois, por serem de natureza constitucional, tornam-se parâmetros de organização, atuação e limitação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, seja na função de administrar, legislar (Constituição Federal – CF, art. 60, § 4^o) ou julgar (CF, art. 5^o, XXXV³); viii) aplicabilidade imediata, já que não dependem de intermediação legislativa para produzir efeitos (CF, art. 5^o, § 1^o); ix) concorrência, uma vez que podem ser exercidos cumulativamente pelo mesmo titular; e x) proibição de retrocesso, porquanto, uma vez reconhecidos, os direitos fundamentais não podem ser abolidos, suprimidos ou enfraquecidos pela atuação legislativa posterior.

Ademais, os direitos fundamentais desempenham variadas funções na ordem jurídica e na sociedade. De fato, partindo da teoria dos quatro status (situações jurídicas) em que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado, desenvolvida por Georg Jellinek⁶, pode-se afirmar que os direitos fundamentais ostentam as seguintes funções: a) função de defesa ou de liberdade (direitos de defesa ou de liberdade), caracterizada por “impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não-interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo”⁷, limitando, com isso, a ação do Estado (competências negativas estatais), inclusive com relação à impossibilidade de eliminação de certas posições jurídicas asseguradas e de vedação ao exercício forçado dos direitos de defesa em espeque; b) função de

2 De acordo com SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 47), o princípio da supremacia da constituição “significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”.

3 CF, art. 60, § 4^o: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”.

4 CF, art. 5^o, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

5 CF, art. 5^o, § 1^o: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”.

6 Segundo JELLINEK, *Teoria General del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981. p. 306, “nestes quatro status – passivo, negativo, positivo e ativo – se resumem as condições em que o indivíduo pode deparar-se diante do Estado como seu membro. Prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensões em relação ao Estado, prestações por conta do Estado, tais vêm a ser os diversos aspectos sob os quais pode considerar-se a situação de direito público do indivíduo. Estes quatro status formam uma linha ascendente, visto que, primeiro, o indivíduo pelo fato de ser obrigado à obediência, aparece privado de personalidade; depois, é-lhe reconhecida uma esfera independente, livre do Estado; a seguir, o próprio Estado obriga-se a prestações para com o indivíduo; e, por último, a vontade individual é chamada a participar no exercício político ou vem mesmo a ser reconhecida como investida do imperium do Estado”.

7 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 256.

prestação (direitos a prestações jurídicas e materiais), que exigem do Estado uma atuação positiva destinada a atenuar as desigualdades, garantindo, desse modo, as condições jurídicas (prestações jurídicas) e/ou materiais (prestações materiais) indispensáveis e favoráveis ao exercício efetivo e concreto das liberdades (libertação das necessidades) ventiladas na função anterior; c) função de proteção contra terceiros, significando que o Estado tem o dever de adotar medidas positivas e eficientes destinadas à proteção do exercício dos direitos fundamentais diante da atividade de terceiros que porventura venham a afetá-los; d) função de não discriminação, geradora da imposição ao Estado de tratamento igualitário (condições de igualdade) para com os seus cidadãos; e e) função de participação (direitos de participação), que guarda características mistas dos direitos de defesa e a prestação e orienta o Estado a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade política do País.

Impende registrar, ainda, que os direitos fundamentais ostentam duas dimensões que se complementam, a saber, a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva. A primeira dimensão se refere às posições jurídicas individuais de proteção à pessoa, correspondendo, pois, à exigência de uma ação negativa ou positiva de outrem produtora de efeitos sobre certas relações jurídicas (direitos fundamentais como típicos direitos subtetivos). Já a segunda dimensão referida resulta no estabelecimento de princípios básicos da ordem constitucional, os quais estabelecem limites para o poder estatal e norte para a sua atuação (direitos fundamentais como elementos essenciais da ordem jurídica constitucional). E sobre esta dimensão objetiva, Paulo Bonavides⁸ elenca várias inovações constitucionais dela decorrentes, tais como:

- a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; [...]
- b) a elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante polo de eficácia normativa da Constituição;
- c) a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo;
- d) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas;
- e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição;
- f) o desenvolvimento da eficácia inter privados, ou seja, em relação a terceiros [...], com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal [...];
- g) a aquisição de um ‘duplo

8 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 623-4.

caráter' [...], ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva [...] e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feito, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora [...]; h) a elaboração do conceito de concretização, de grau constitucional [...]; i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante [...]; e j) a introdução do conceito de pré-compreensão [...], sem o qual não há concretização.

Destaque-se, outrossim, que os direitos fundamentais, em razão de sua evolução, reconhecimento e afirmação históricos, classificam-se em: 1) direitos de primeira geração⁹, que correspondem aos chamados direitos de liberdade, entendidos como os direitos civis e políticos, os quais garantem resistência e oposição perante o Estado; 2) direitos de segunda geração, que, atrelados ao princípio da igualdade (direitos de igualdade), compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais, decorrendo daí a necessidade de uma atuação positiva do Estado; 3) direitos de terceira geração, que buscam a proteção da coletividade social (direitos de solidariedade ou fraternidade, pois transcendem a esfera individual) e englobam os direitos ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, à segurança, à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento; 4) direitos de quarta geração, que, frutos da globalização dos direitos fundamentais, equivalem aos direitos à democracia direta, globalizada e isenta de manipulações, à informação e ao pluralismo, bem como, segundo Dirley da Cunha Júnior¹⁰, aos direitos contra a manipulação genética, à mudança de sexo e os relacionados à biotecnologia; e 5) direitos de quinta geração, que, na visão de Paulo Bonavides¹¹, corresponde ao “direito à paz como supremo direito da Humanidade”.

Finalmente, o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Gera-se, assim, no Brasil, um sistema aberto de direitos fundamentais, na medida em que há outros direitos fundamentais no ordenamento jurídico que não estão previstos no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da Constituição.

Feitas tais ponderações sobre os direitos fundamentais, passemos à análise do direito fundamental à ação (direito à proteção judicial efetiva ou direito à inafastabilidade da jurisdição), objeto maior do presente trabalho.

9 Leia-se dimensão, porquanto as gerações não se sucedem no tempo, e sim se acumulam e ampliam o rol de direitos fundamentais.

10 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 595.

11 BONAVIDES, op. cit., p. 613.

1.2 O Direito Fundamental à Ação

A Constituição Federal reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Trata-se, pois, da consagração constitucional do direito, princípio ou garantia¹² de acesso ao Poder Judiciário (à justiça), da inafastabilidade da jurisdição ou da proteção judicial efetiva¹³.

Em verdade, de acordo com Dirley da Cunha Júnior¹⁴, “o direito de acesso à justiça conduz ao entendimento de que nada afastará a intervenção do Poder Judiciário quando houver lesão ou simples ameaça a direito”, pelo que o controle judicial “deve ser visto com maior amplitude para compreender todas aquelas situações nas quais houve uma lesão ou ameaça a direito de alguém”. Isso porque, segundo o professor Gilmar Ferreira Mendes¹⁵, o referido preceito constitucional prevê a tutela judicial efetiva, garantidora da proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito.

Sobre o direito fundamental à ação, que, na visão de José de Albuquerque Rocha¹⁶, é “um reflexo do poder-dever do juiz de dar a referida prestação jurisdicional”, George Marmelstein Lima¹⁷ pondera que ele:

[...] é a faculdade garantida constitucionalmente de deduzir uma pretensão em juízo e, em virtude dessa pretensão, receber uma resposta satisfatória (sentença de mérito) e justa, respeitando-se, no mais, os princípios constitucionais do processo (contraditório, ampla defesa, motivação dos atos decisórios, juiz natural, entre outros). A ação, portanto, além de representar-se como um elemento fundamental da ordem constitucional, de suma importância para a garantia dos demais preceitos normativos, é um verdadeiro direito subjetivo, exercido contra o Estado, mas que obriga igualmente o réu a comparecer em juízo (daí,

12 Conforme salienta José Afonso da Silva (op. cit., p. 414), os direitos se distinguem das garantias, na medida em que “os direitos são bens e vantagens conferidas pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e o gozo daqueles bens e vantagens”. Contudo, não obstante tal distinção, adotaremos neste trabalho a posição de Sampaio Dória, que afirma que “os direitos são garantias, e as garantias são direitos” (apud SILVA, op. cit., p. 188). Assim, para o fim ora almejado, não se dará importância à aludida distinção, pelo que se tratará a previsão do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal como um direito-garantia.

13 Sobre a terminologia da previsão constitucional insculpida no art. 5º, XXXV, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 4, salienta que, “entre os processualistas, é comum utilizar expressões como ‘garantia da efetividade da tutela jurisdicional’, ou ‘da efetividade do processo’, ‘princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional’, ‘garantia (ou princípio) do direito de ação’, ‘garantia do acesso à justiça’ e ‘garantia de acesso à ordem jurídica justa’, enquanto os constitucionalistas preferem as expressões ‘direito (fundamental) à tutela judicial efetiva’, ‘direito ao processo devido’ e ‘direito fundamental de acesso aos tribunais’. Tais expressões vêm sendo utilizadas tanto num sentido amplo, como sinônimas, para designar um mesmo conjunto de exigências, como também, em sentido mais restrito, para referir-se apenas a uma ou algumas dessas exigências”.

14 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 700.

15 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 219.

16 ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 185.

17 LIMA, George Marmelstein. *O Direito Fundamental à Ação*. Disponível em: < <http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013. p. 71.

dizer-se que a ação é igualmente um direito potestativo), quer se trate de um direito substancialmente fundado, quer se afirme um direito material na realidade inexistente.

Assim, como leciona Ada Pellegrini Grinover¹⁸, “a ação apresenta-se como situação jurídica composta, ou seja, como o conjunto de poderes, faculdades e deveres do autor, do réu e do juiz, no processo”; razão pela qual o exercício do direito de defesa do réu é considerado uma manifestação do direito fundamental de ação.

Noutro giro, com relação à redação do dispositivo legal em tela, impõe esclarecer que o termo “lei” (“a lei não excluirá”) merece interpretação extensiva, de modo a abarcar decretos, portarias, medidas provisórias, leis complementares e emendas constitucionais que visem à exclusão de determinadas matérias da apreciação do Poder Judiciário. Outrossim, a aludida expressão também é destinada ao Poder Judiciário, que não pode, sob nenhum pretexto, deixar de julgar (proibição do non liquet).

Quanto à “lesão ou ameaça”, esta pode ser proveniente tanto do Poder Público quanto de organizações públicas e pessoas privadas, seja em razão de ação ou omissão das aludidas pessoas.

À demasia, ainda com referência à sua redação, a palavra “direito” no preceito em esboço (“lesão ou ameaça a direito”) deve ser entendida de modo ampliado, com vistas a compreender não somente a proteção judicial à lesão ou ameaça a direito, mas também a interesses legítimos, que, de acordo com George Marmelstein Lima¹⁹, “são aqueles que, embora não constituam direitos subjetivos em sua clássica acepção, merecem a proteção estatal, como por exemplo, o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, direito este que não possui um titular determinado, pois tem no próprio gênero humano como um todo seu destinatário”.

No que se refere à sua titularidade, o direito fundamental à ação pode ser exercido tanto pelas pessoas naturais quanto pelas pessoas jurídicas, de direito privado ou de direito público (interno ou externo). Também, pode ser exercido por entidades que, embora não detenham personalidade jurídica, legalmente ostentam personalidade judiciária, como, por exemplo, a massa falida (representada pelo síndico), a herança jacente ou vacante (representada pelo seu curador) e o espólio (representado pelo inventariante), a teor do que verba o artigo 12 do Código de Processo Civil – CPC²⁰. Por fim, o referido direito ainda pode

18 GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 11.

19 LIMA, op. cit., p. 74.

20 CPC, art. 12: “serão representados em juízo, ativa e passivamente: [...] III - a massa falida, pelo síndico; IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador; V - o espólio, pelo inventariante”;

ser exercido por meio da chamada substituição processual²¹, autorizada pelo artigo 6º do CPC²² e que tem como exemplo a previsão do art. 8º, III, da Carta Magna, segundo o qual “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas”.

Noutro giro, sobre o direito fundamental à ação, duas questões ainda merecem realce: o duplo grau de jurisdição e o juízo arbitral (arbitragem). Com relação à primeira questão, “o Supremo Tribunal Federal tem acentuado a não configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição”, salvo “naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito, como nas hipóteses em que outorga possibilidade de recurso ordinário ou apelação para instância imediatamente superior (102, II; 104, II; 108, II)”²³. Já com referência à arbitragem (prevista na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), entendida como o “mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias”, consoante o qual “as partes litigantes investem, por meio de uma convenção arbitral (cláusula compromissória²⁴) e compromisso arbitral²⁵, uma ou mais pessoas²⁶ de poderes decisórios para resolver seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”^{27,28}, o Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento da SE nº 5.206-AgRg (Rel. Min. Nelson Jobim, in DJ de 30.04.2004), declarou a compatibilidade e, pois, consitucionalidade da Lei nº 9.307/96 com o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Urge averbar, também, que o princípio da proteção judicial efetiva, como acentuado por Kazuo Watanabe²⁹, “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de

21 MENDES, op. cit., p. 245, apelando para as lições de Giuseppe Chiovenda, salienta que “a substituição processual é aquela situação em que a legitimação para a causa não coincide com a titularidade do direito subjetivo material discutido. Nessa situação, o substituto age em juízo, em nome próprio (por concessão da norma objetiva material), na defesa de direito subjetivo alheio. O substituto é parte na relação de direito processual, mas não na relação de direito material. Tal situação não se confunde com a representação, na qual o representante defende o direito de outrem, em nome deste. Na representação, o representado é parte tanto na relação jurídica processual quanto na relação jurídica material”.

22 CPC, art. 6º: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

23 MENDES, op. cit., 2012. p. 221.

24 Lei nº 9.307/96, art. 4º: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

25 Lei nº 9.307/96, art. 9º: “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

26 Lei nº 9.307/96, art. 13: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes”.

27 Segundo os arts. 31 e 18 da Lei nº 9.307/96, “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” e “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”, com exceção da homologação de sentença arbitral estrangeira, nos termos do art. 35 da referida Lei, que dispõe que, “para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”.

28 MENDES, op. cit., p. 224.

29 Apud LIMA, op. cit., p. 33.

viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”. Assim, para a real concretude do direito fundamental à proteção efetiva, faz-se necessária a observância dos demais direitos e garantias constitucionais processuais, mormente os princípios da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI³⁰), da impossibilidade de haver juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII³¹), do julgamento pela autoridade competente (art. 5º, LIII³²), do devido processo legal (art. 5º, LIV³³), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV³⁴), da vedação à obtenção de provas por meios ilícitos (art. 5º, LVI³⁵), da publicidade (arts. 5º, LX³⁶, e 93, IX³⁷), da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII³⁸) e da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX).

Derradeiramente, saliente-se que o direito fundamental à ação, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, mas, ao revés, sofre conformações, limitações ou restrições destinadas a evitar a eventual colisão com outros direitos e valores constitucionais, consoante veremos no tópico seguinte.

1.3 Conformação e Limitações do Direito Fundamental de Acesso ao Judiciário

Em realidade, os direitos fundamentais também se caracterizam pela sua limitabilidade ou relatividade, segundo a qual não há direitos fundamentais absolutos, visto que são passíveis, em concreto, de restrições recíprocas destinadas à conciliação, concordância prática e harmonização com outros direitos fundamentais ou entre eles e outros bens constitucionalmente protegidos, de modo a evitar o sacrifício total e definitivo de algum desses valores constitucionais. Neste sentido, inclusive, o próprio STF já decidiu, conforme se observa do seguinte julgado:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público

30 CF, art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

31 CF, art. 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção;”.

32 CF, art. 5º, LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”.

33 CF, art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”.

34 CF, art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

35 CF, art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”.

36 CF, art. 5º, LX: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”.

37 CF, art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”.

38 CF, art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”.

ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.³⁹

Sobre essa característica dos direitos fundamentais, Dirley da Cunha Júnior⁴⁰ registra que “a restrição de um direito fundamental só é possível in concreto, atendendo-se a regra da máxima observância e mínima restrição dos direitos fundamentais”. E prossegue o aludido autor acentuando que:

os direitos fundamentais, por si só, não podem sofrer qualquer ordem de limitação, seja pela via da interpretação, seja, sobretudo, pela atividade do legislador infraconstitucional, a não ser que a possibilidade de restrição seja admitida pela própria Constituição ou derive da necessidade de interação com outras disposições constitucionais, hipótese em que, ainda assim, a limitação jamais poderá atingir o núcleo essencial, isto é, o conteúdo mínimo desses direitos.

Trata-se, em verdade, dos chamados “limites dos limites”, na medida em que as restrições aos direitos fundamentais não são ilimitadas. De fato, consoante giza Gilmar Ferreira Mendes⁴¹:

Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou ‘limites dos limites’ [...], que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Ainda sobre os limites dos direitos fundamentais, cumpre averbar que, como visto e ponderado pelo professor Gilmar Mendes, eles – os limites – devem guardar concordância com o princípio constitucional da proporcionalidade, em sua tríplice acepção, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Destarte, para que

39 STF, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, in DJ de 12.05.2000.

40 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 606.

41 MENDES, op. cit., p. 56.

a limitação ao direito fundamental seja constitucional, deve ela ser: a) apta, útil e adequada para o atingimento do fim buscado (subprincípio da adequação/utilidade); b) o meio menos gravoso e menos sacrificante ao direito fundamental para a consecução do objetivo pretendido (subprincípio da necessidade/exigibilidade); e c) geradora de mais vantagens do que desvantagens (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Particularmente com relação ao direito fundamental à proteção judicial efetiva, de previsão constitucional no art. 5º, XXXV, este também sofre conformações, limitações ou restrições, que podem decorrer de normas constitucionais, de entendimento doutrinário e jurisprudencial ou de normas infraconstitucionais.

Quanto às limitações decorrentes de normas constitucionais, há a que diz respeito à Justiça Desportiva, prevista nos §§ 1º e 2º do art. 217 da Constituição Federal, segundo os quais “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”, que “terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”. Outra limitação que decorre do Texto Constitucional é a que prescreve que “não caberá ‘habeas corpus’ em relação a punições disciplinares” (Constituição Federal, art. 142, § 2º). Frise-se que, em razão da unidade da Constituição Federal, não há que se falar em inconstitucionalidade de nenhuma das limitações em espeque.

Além das referidas limitações constitucionais, a doutrina e a jurisprudência, em observância ao princípio da separação dos Poderes (que está consignado no art. 2º da Carta Política de 1988⁴² e será debatido com maior profundidade no Capítulo 4 deste trabalho), elenca situações em que o Poder Judiciário não pode se aventurar na sua análise e prestar a tutela jurisdicional eventualmente pretendida. Exemplo disso é a impossibilidade de apreciação judicial do mérito (critérios de oportunidade e conveniência) do ato administrativo, o que não impede, contudo, o Poder Judiciário de analisar a observância, pelo aludido ato, dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade (Constituição Federal, art. 37, caput⁴³). Outra situação que escapa ao controle do Poder Judiciário é a dos atos “interna corporis”, que “são aquelas questões ou assuntos afetos às atribuições internas dos órgãos, normalmente consignados no regimento ou instrumento que façam as suas vezes, e que, por isso mesmo, são da exclusiva apreciação e deliberação da entidade, sendo vedado ao Judiciário substituir ou mesmo

42 CF, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

43 CF, art. 37, caput: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

invalidar essa escolha política⁴⁴, permitindo-se, entretanto, a apreciação judicial de eventuais inconstitucionalidades, ilegalidades e infringências a normas regimentais nos alegados atos “interna corporis”.

Por último, há as limitações ao direito fundamental à ação decorrentes de normas infraconstitucionais, as quais, quanto à sua constitucionalidade, devem sempre ser analisadas à luz do ventilado princípio da proporcionalidade. Exemplos delas são: i) a exigência de “segurança do juízo” para o exercício do direito de ação, que ocorre, por exemplo, na ação rescisória (depósito prévio; CPC, art. 488, II⁴⁵), desde que se mostre adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito) à inibição de ações rescisórias infundadas; ii) o prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança (120 – cento e vinte – dias, nos termos do art. 23 da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009⁴⁶; Súmula nº 632 do STF⁴⁷) e outros prazos peremptórios, sejam prescricionais, decadenciais ou recursais, para o exercício do direito de ação e da prática de atos processuais, exigindo-se para tanto a plena compatibilidade com o princípio da proporcionalidade, que é atingida quando tais fórmulas de preclusão impedem a eternização de demandas e pleitos (segurança jurídica) e, ao mesmo tempo, não impossibilitam o titular do direito fundamental em debate de ter acesso ao Poder Judiciário; iii) a exigência do pagamento de taxas judiciárias (custas judiciais) para o acesso à justiça, desde que elas sejam proporcionais ao custo da atividade estatal a que se vinculam (nos termos da Súmula nº 667 do STF, “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”) e não sejam excessivas a ponto de inviabilizar a obtenção da prestação jurisdicional⁴⁸, garantindo-se, ainda, aos hipossuficientes os benefícios da justiça gratuita (Constituição Federal, art. 5º, LXXIV⁴⁹); e iv) a exigência do preenchimento de determinadas condições para o exercício do direito de ação, condições estas que se

44 LIMA, op. cit., p. 104.

45 CPC, art. 488: “A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor: [...] II – depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.”.

46 Lei nº 12.016/09, art. 23: “O direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”.

47 Súmula 632 do STF: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.”.

48 Nesse sentido entendeu o STF, *in verbis*: “Sendo – como já se acentuou – a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da Justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela – como toda taxa com o caráter de contraprestação – um limite, que é o custo da atividade do Estado dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o ‘quantum’ alíquota pode estar fixado” (Rep. 1.077/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 112 (1)/34).

49 CF, art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

resumem à possibilidade jurídica do pedido, à legitimidade das partes e ao interesse processual, e que, em razão de sua importância para o desiderato do atual escrito, serão analisadas no capítulo a seguir.

2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Antes de adentrarmos às condições da ação propriamente ditas, insta ponderar algumas ligeiras considerações acerca do conceito de ação e das principais teorias que procuram explicá-la. Vejamos.

2.1 As Teorias da Ação

O conceito de ação (uma das categorias fundamentais do processo e que integra a sua trilogia estrutural, a saber: a ação, a jurisdição e o processo⁵⁰) vem sofrendo modificação ao longo do tempo, de acordo com a teoria defendida.

De fato, a primeira teoria (chamada “teoria romanista”) defendia que a ação não é propriamente um direito específico, mas tão-somente uma faceta do próprio direito material subjetivo, na medida em que “não há ação sem direito; não há direito sem ação; a todo direito corresponde uma ação” (afirmação de Celso⁵¹). Destaque-se que ela foi criada num contexto histórico em que a atuação judiciária era extremamente seletiva, já que os magistrados romanos somente poderiam atuar nos casos em que havia prévia definição normativa de uma ação (autorização real apenas em certos casos; inexistência de uma jurisdição universal). Ainda, tal teoria estava presente no Código Civil do Brasil de 1916.

Por sua vez, de uma releitura da teoria referida no parágrafo anterior surgiu a “teoria civilista”, a qual, encampada por Savigny e compreendida a partir do conceito de relação jurídica, pregava que a ação não é mera faceta do direito material, visto que somente existe quando houver violação de um direito/obrigação da relação jurídica material originária (ação imanente ao direito material). A ação, pois, nasce desta violação do direito subjetivo (nem todo direito corresponde uma ação, mas apenas os ofendidos; ação com caráter seletivo) e, criando uma nova relação obrigacional entre as partes, se consubstancia no direito de invocar, em qualquer caso (jurisdição universal), a prestação jurisdicional para o cumprimento forçado da obrigação material insatisfeita. Esta teoria estava prevista no Código Civil brasileiro de 1916 (art. 75).

50 Conforme salientam CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 279, a “ação [...] é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)”. E registram que “mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo”.

51 TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 85.

Noutro giro, a chamada “teoria moderna” salienta que a ação é mais um direito subjetivo (independente, pois, do direito subjetivo material; autônomo em relação a este, segundo Bülow) conferido a todos os cidadãos (universalização do direito de acesso ao Judiciário) e oponível perante o Estado (a ação como uma relação pública entre autor/réu e Estado, e não mais entendida como uma relação obrigacional privada entre as partes) para o recebimento de uma prestação jurisdicional. Assim, em face de sua autonomia, existe ação mesmo nos casos em que não tiver havido violação do direito material (pedido do autor julgado improcedente, p.e.). Trata-se, por conseguinte, de uma teoria carente de seletividade para o ingresso no Poder Judiciário.

Urge registrar, outrossim, no que concerne à sua concretude, a existência de três outras teorias da ação, quais sejam: i) a “teoria abstracionista” (de Plósz e Degenkolb), que pondera que a existência do direito de ação independe do resultado da demanda judicial, pelo que o direito de ação é completamente desvinculado do direito material postulado (improcedência do pedido do autor não interfere na existência do direito de ação; sem seletividade para o acionamento da máquina judiciária); ii) a “teoria concretista” (de Adolph Wach), que, resgatando a “teoria civilista”, reza que a existência do direito de ação depende da procedência do pedido do autor (vinculação entre direito material e direito processual; com extrema seletividade); e iii) as “teorias ecléticas”, que buscaram equilibrar os pontos de vista abstratos e concretos⁵².

No que se refere às “teorias ecléticas”, a que mais influenciou o processo brasileiro foi a de Enrico Tullio Liebman (aluno de Chiovenda⁵³), o qual argumentava que “a ação é um direito abstrato de invocar a prestação do Estado”, sendo, entretanto, o mencionado direito, condicionado “à presença de algumas condições especiais, cuja ausência resultava na inexistência⁵⁴ do direito de ação”⁵⁵, que têm o caráter organizador da

52 Informações relativas às teorias da ação extraídas do seguinte texto: COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. *Conceito de Ação: da teoria clássica à moderna. Continuidade ou ruptura?*. Disponível em: http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/452/mod_resource/content/2/Texto-base_-_Unidade_1.pdf>. Acesso em: 15 out. 2013.

53 Chiovenda também era defensor de uma “teoria eclética”. Ele entendia a ação como um direito potestativo do autor diante do réu, e não do Estado, pelo que defendia a autonomia e a concretude do direito de ação.

54 DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. V. 1. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 198, acerca da adoção das condições da ação pela teoria eclética de Liebman, giza que “*somente o exercício do direito de ação pode ser condicionado (a demanda), jamais o direito de ação, constitucionalmente garantido e decorrente do direito fundamental à inafastabilidade*”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 299, por outro lado, sustenta que “*não se trata de condições para o exercício da ação, mas para sua própria existência como direito ao processo – porque seria estranho afirmar que um direito existe mas não pode ser exercido quando lhe faltar um dos requisitos constitutivos*”.

55 COSTA; COSTA, op. cit., p. 10.

seletividade de acesso ao Judiciário e representam o “verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material”⁵⁶.

Por fim, impende salientar a existência da denominada “teoria da asserção” (da argumentação; uma teoria eclética), segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas com supedâneo nas alegações do autor na petição inicial (portanto, uma análise abstrata, já que sem o exame das provas e do mérito em si). Sobre esta teoria, Alexandre Freitas Câmara⁵⁷ leciona:

Parece-me que a razão está com a teoria da asserção. As “condições da ação” são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indisfarçável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das “condições da ação” significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o direito material. Pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido. Como se comportará a teoria? Provando-se que o autor não é credor do réu, deverá o juiz julgar seu pedido improcedente ou considerá-lo “carecedor de ação”? Ao afirmar que o caso seria de improcedência do pedido, estariam o defensores desta teoria admitindo o julgamento da pretensão de quem não demonstrou sua legitimidade; em caso contrário, se chegaria à conclusão de que só preenche as “condições da ação” quem fizer jus a um pronunciamento jurisdicional favorável. Parece-me, assim, que apenas a teoria da asserção se revela adequada quando se defende uma concepção abstrata do poder de ação, como se faz nesta obra. As “condições da ação”, portanto, deverão ser verificadas pelo juiz *in statu assertionis*, à luz das alegações feitas pelo autor na inicial, as quais deverão ser tidas como verdadeiras a fim de se perquirir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final.

Percebe-se, portanto, da breve passagem por cada uma das teorias acima explanadas, que, não obstante a mudança no conceito de ação ocorrida ao longo do tempo, houve o retorno e a continuidade de elementos das teorias antigas pelas teorias novas, mormente elementos conceituais destinados à instrumentalidade e à organização da seletividade do Judiciário.

56 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, p. 283.

57 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 155-6.

À demasia, impõe frisar que a adoção pura tanto da “teoria abstracionista” quanto da “teoria concretista” da ação encontra óbice no sistema constitucional brasileiro.

Em verdade, de um lado, se se adotar plenamente a “teoria abstracionista”, estar-se-á dando ao princípio da inafastabilidade da jurisdição/direito de ação (Constituição Federal, art. 5º, XXXV) um caráter absoluto, o que resulta na vulneração de outros princípios constitucionais, mormente, em certos casos, do princípio da separação dos Poderes (Constituição Federal, art. 2º; casos de supressão da instância administrativa e realização da atividade executiva pelo Judiciário). E, como visto, nenhum direito previsto na Carta Magna de 1988 é absoluto, porquanto todos sofrem conformações, limitações e/ou restrições destinadas à garantia da unidade e da harmonização (concordância prática) da Constituição.

Por outro lado, a adoção da “teoria concretista” torna letra morta (eficácia esvaziada) o referido princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que redundará na ofensa ao princípio constitucional da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ocorre, pois, a negação da existência do independente direito subjetivo/garantia fundamental de ação, em oposição ao previsto na Carta Política de 1988.

De outra banda, quanto à “teoria da asserção”, Cândido Rangel Dinamarco a repudia. Isso porque, para este processualista, não é suficiente que o autor descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação (condições afirmadas), pois é preciso que elas realmente existam (condições existentes). Além disso, uma condição da ação é, segundo ele, “sempre uma condição da ação e por falta dela o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, quer o autor já descreva uma situação em que ela falte, quer dissimule a situação e só mais tarde os fatos revelem ao juiz a realidade”⁵⁸. E conclui, salientando que:

Ao propor arbitrariamente essa estranha modificação da natureza de um pronunciamento judicial conforme o momento em que é produzido (de uma sentença terminativa a uma de mérito) a teoria della prospettazione incorre em uma série de erros e abre caminho para incoerências que desmerecem desnecessária e inutilmente o sistema. Eis algumas das objeções que nunca foram satisfatoriamente respondidas: a) só advogados menos preparados iriam incorrer na carência de ação, porque os competentes sabem construir suas petições iniciais dissimulando a falta de uma das condições da ação; b) ao dar provimento à apelação interposta contra uma sentença “de mérito” fundada no fato de uma das partes ser estranha à relação substancial controvertida (ação de despejo movida a quem não é inquilino), ao tribunal seria permitido examinar as verdadeiras questões de mérito e julgar

procedente a demanda, sem suprimir um grau de jurisdição (CPC, art. 515, § 1º); c) se fosse de mérito a sentença que reconhece tratar-se de dívida de jogo (improcedência da demanda), a eficácia da declaração contida nessa sentença impediria a plena vigência do art. 814 do Código Civil, porque eventual pagamento seria pagamento de dívida inexistente e não, simplesmente, insuscetível de cobrança judicial (obrigação natural); d) se em dois ou mais processos o mesmo autor pediu a anulação do mesmo ato ou contrato, mas com fundamentos diferentes, a anulação decretada em um deles conduziria o juiz a concluir, nos demais, que o autor não teria direito à anulação (mas todos entendem que o caso é de falta de interesse de agir, porque o resultado almejado já foi obtido) etc. para superar essas e outras objeções a uma tese arbitrária e absolutamente desnecessária no sistema, a teoria da asserção busca subterfúgios e precisa propor novas interpretações de uma série de conceitos e institutos jurídico-processuais arraigados na cultura ocidental, como o de mérito, o da coisa julgada material e até mesmo o de condições da ação. Para aceitá-la seria indispensável uma mudança muito significativa na ordem jurídico-positiva do processo e um uma série de pilares da cultura processual de fundo romano-germânico.⁵⁹

Pelas razões expostas por Cândido Rangel Dinamarco, adotar-se-á, nesta monografia, a “teoria eclética” da ação criada por Liebman, a qual, inclusive, foi abraçada pelo atual CPC, que, em seu artigo 267, VI, insculpe que “extingue-se o processo, sem resolução de mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (extinção do processo por carência da ação).

Assim, para o fim almejado com o atual escrito, considerar-se-á que o direito de ação, conquanto abstrato (isto é, autônomo em relação ao direito subjetivo material alegado), é, por razões de economicidade, seletividade e utilidade, submetido às intituladas condições da ação⁶⁰, que são condições legalmente estabelecidas e necessárias à legítima exigência do julgamento do mérito da causa, sendo apontadas pela doutrina como sendo a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

2.2 A Possibilidade Jurídica do Pedido e a Legitimidade das Partes

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, ela é a exigência da necessária compatibilidade do pedido com a ordem jurídica e foi acolhida expressamente pelo CPC como uma das condições da ação, conforme se

59 DINAMARCO, op. cit., p. 317-8.

60 Interessantes as observações feitas por Alexandre Freitas Câmara, op. cit., p. 144, acerca da expressão “condições”. De fato, para este autor, “*não parece adequado chamá-las ‘condições’, já que o termo não é aí empregado no sentido de ‘evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia do ato jurídico’, razão pela qual sempre me pareceu melhor denominá-las requisitos do provimento final*”.

dessume do já transcrito inciso VI do art. 267 e, outrossim, do art. 295, caput, I, c/c art. 295, parágrafo único, III⁶¹, do mesmo diploma legal.

Ademais, Moniz de Aragão⁶² esclarece que a possibilidade jurídica do pedido “não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à exigência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável”. Assim, será juridicamente impossível o pedido quando, de algum modo, colidir com as normas do ordenamento jurídico em vigor (critério negativo de verificação).

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, entende que a possibilidade jurídica deve ser da demanda, de modo que a impossibilidade jurídica mereça ser estendida para as situações em que, apesar da licitude do pedido, haja ilicitude na causa de pedir ou nas próprias partes. Explica o mencionado processualista que:

Opetitum é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais se poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto (pedir o desligamento de um Estado da Federação). A causa petendi gera a impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que fatos como alegados pelo autor possam gerar direitos (pedir a condenação com fundamento em dívida de jogo). As partes podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz [...]. Daí a insuficiência da locução impossibilidade jurídica do pedido, que se fixa exclusivamente na exclusão da tutela jurisdicional em virtude da peculiaridade de um dos elementos da demanda – o petitum – sem considerar os outros dois (partes e causa de pedir).⁶³

Destaque-se, por último, que Liebman, criador da “teoria eclética” e, pois, da possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação (acolhidas, como visto, pelo CPC), excluiu, com a permissão do divórcio pelo ordenamento jurídico italiano na década de 1970 (o seu principal exemplo de impossibilidade jurídica do pedido), a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação, passando a incluir no requisito do interesse processual os casos antes apontados como de impossibilidade jurídica⁶⁴.

61 CPC, art. 295: “A petição inicial sera indeferida: I – quando for inepta; [...] Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: [...] III – o pedido for juridicamente impossível”.

62 Apud DIDIER JR, op. cit., p. 203.

63 DINAMARCO, op. cit., p. 301-2.

64 Impende registrar que o Projeto do Novo Código de Processo Civil – PNCPC (Projeto de Lei nº 6.025/2005), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, seguiu a reformulação da “teoria eclética” de Liebman e também não mais elenca a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. Neste sentido, o art. 495 do PNCPC assim dispõe: “o órgão jurisdicional não resolverá o mérito quanto: [...] VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

Noutro giro, no que se refere à legitimidade das partes (legitimidade ad causam), ela é a condição da ação vinculada ao elemento subjetivo da demanda (os sujeitos: autor e réu; “pertinência subjetiva da ação”⁶⁵) e se refere à qualidade para estar em juízo, seja como demandante (legitimidade ativa) ou demandado (legitimidade passiva), em relação a específico conflito trazido ao exame do magistrado. Ainda, ela “depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la”⁶⁶.

Sobre os principais aspectos da legitimidade ad causam, Fredie Didier Jr.⁶⁷ salienta que:

a) trata-se de uma situação jurídica regulada pela lei (“situação legitimante”; “esquemas abstratos”; “modelo ideal”, nas expressões normamente usadas pela doutrina); b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu); c) afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida – “toda legitimidade baseia-se em regras de direito material”, embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda.

Não bastasse, urge gizar que, em regra, somente terá legitimidade ad causam o titular do interesse levado a juízo pela demanda. É a regra da legitimação ordinária, que se depreende do art. 6º do CPC, ao afirmar que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Assim, em princípio, apenas é titular de ação a própria pessoa que afirma ser titular do direito subjetivo material cuja tutela é pretendida, e somente pode ser demandado aquele que é o titular da obrigação respectiva.

Por outro lado, excepcionalmente, uma norma jurídica poderá autorizar alguém a ir a juízo, em nome próprio, defender interesse alheio. Ou seja, “em algumas situações, expressamente previstas em lei, terá legitimidade de parte alguém que não é apresentado em juízo como titular da relação jurídica deduzida no processo”⁶⁸. Trata-se, pois, da

65 Definição de Alfredo Buzaid (apud CÂMARA, op. cit., p. 149).

66 DINAMARCO, *op. cit.*, p. 306.

67 DIDIER JR., *op. cit.*, p. 204.

68 CÂMARA, *op. cit.*, p. 149.

legitimação extraordinária^{69, 70}, que tem previsão, por exemplo, no art. 5º, LXX, da Constituição Federal⁷¹.

Finalmente, impende registrar que, tal como ocorre com a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes é necessária para a propositura ou para a contestação da demanda, a teor do que dispõe o art. 3º do CPC (“para propor ou contestar é necessário ter interesse e legitimidade”), resultando a sua ausência no indeferimento da petição inicial (CPC, art. 295, II⁷²) e na extinção do processo, sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI).

2.3 O Interesse de Agir

A última das condições da ação é o interesse de agir, que deve, enquanto condição da ação, ser considerado sob o aspecto exclusivamente processual. Isso porque, consoante leciona Arruda Alvim⁷³:

O interesse processual ou de agir é diverso do interesse substancial ou material, pois é aquele que leva alguém a procurar uma solução judicial, sob pena de, não o fazendo, ver-se na contingência de não poder ver satisfeita sua pretensão (o direito por vir a ser afirmado), i.e., possível perda do interesse material (direito material de que se julga titular). O interesse de agir, normalmente, decorre da demonstração de que a outra parte omitiu-se ou praticou ato justificador do acesso ao Judiciário. Se isto pode ser aceito, integralmente, em relação ao Direito Privado, parece-nos que, em face do Direito Público, o problema se altera. O interesse substancial é aquele diretamente protegido pelo direito material; é um interesse de índole primária, dado que incide diretamente sobre o bem. [...] Quando, porém, ante o titular do direito – mais rigorosamente, da pretensão – surge um obstáculo impeditivo do gozo desse direito, ou da

69 Cumpra esclarecer que, segundo a maior parte da doutrina, legitimação extraordinária e substituição processual são sinônimas. Todavia, há quem defenda distinção entre as referidas designações, na medida em que os adeptos desta corrente entendem que “a substituição processual seria apenas uma espécie do gênero ‘legitimidade extraordinária’ e existiria quando ocorresse uma efetiva substituição do legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, nos casos de legitimação extraordinária autônoma (quando o legitimado extraordinário tem autorização para conduzir o processo sem a participação do titular do direito em litígio) e exclusiva (quando somente um sujeito de direito está autorizado a discutir a situação jurídica em juízo) ou nas hipóteses de legitimação autônoma concorrente (quando mais de um sujeito está autorizado a discutir em juízo específica situação jurídica), em que o legitimado extraordinário age em razão da omissão do legitimado ordinário, que não participou do processo como litisconsorte” (DIDIER JR., op. cit., p. 207).

70 Insta ponderar que a legitimação extraordinária não se confunde com a representação processual, porquanto nesta se defende interesse alheio em nome alheio e o representante não é parte processual, ao passo que naquela, como visto, se defende interesse alheio em nome próprio e o legitimado extraordinariamente é parte no processo.

71 CF, art. 5º, LXX: “o mandado de segurança pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associativa legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

72 CPC, art. 295: “A petição inicial será indeferida: [...] II – quando a parte for manifestamente ilegítima”.

73 ARRUDA, Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 415-7.

satisfação do mesmo, nasce um outro interesse, diverso daquele primário. Trata-se de um interesse dirigido à supressão do obstáculo, de molde a que o direito possa novamente ser objeto de gozo e utilização normal. A este interesse secundário dá-se o nome de interesse processual. [...] Existindo o interesse processual, deverá o juiz admitir a ação.

Nessa seara, haverá interesse de agir (interesse processual) quando presente o binômio necessidade-utilidade. Noutros termos, o exame desta condição da ação passa pela verificação de duas circunstâncias⁷⁴, a saber, a utilidade (interesse-utilidade) e a necessidade (interesse-necessidade) do pronunciamento judicial. Vejamos cada uma destas circunstâncias, as quais são imprescindíveis para a configuração do interesse processual, previsto nos artigos 3º, 267, VI, e 295, III⁷⁵, do CPC.

2.3.1 O Interesse-utilidade

O interesse-utilidade estará presente quando o processo puder garantir ao demandante o resultado favorável pretendido, isto é, toda vez que a prestação da tutela jurisdicional garantir ao autor uma posição de vantagem (uma utilidade). Noutros verbetes, há o interesse-utilidade sempre que “o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional”⁷⁶.

Por outro lado, a contrario sensu, não há interesse-utilidade “quando o sujeito já dispõe do bem da vida que vem a juízo pleitear e

74 Alguns doutrinadores sustentam um terceiro elemento necessário à configuração do interesse de agir, qual seja, a adequação do provimento jurisdicional postulado (interesse-adequação). Para os que defendem o interesse-adequação, como Cândido Rangel Dinamarco e Alexandre Freitas Câmara, “é preciso que o demandante tenha ido a juízo em busca do provimento adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem narrada por ele na petição inicial, valendo-se da via processual adequada” (CÂMARA, op. cit., p. 152). Entretanto, como bem explanado por Freddie Didier Jr., “procedimento é dado estranho no estudo do direito de ação e, ademais, eventual equívoco na escolha do procedimento é sempre sanável (art. 250 e 295, V, do CPC-73)” (in op. cit., p. 211). E prossegue este autor argumentando que: “Fala-se que o autor deve indicar o procedimento e o tipo de provimento adequados. Em relação à adequação do provimento (do pedido) ao fim almejado, a situação ou é: a) de impossibilidade jurídica do pedido; b) ou o próprio sistema admite a fungibilidade (arts. 805 e 920 do CPC), como de resto deveria ser a regra; c) ou o caso é de erro de nome, corrigível pelo próprio magistrado; d) ou não sendo possível a correção pelo magistrado, deverá ele determinar alteração do pedido, conforme, aliás, autoriza o art. 264 do CPC. Examinemos, agora, a escolha do procedimento adequado. O procedimento é a espinha dorsal da relação jurídica processual. O processo, em seu aspecto formal, é procedimento. O exame da adequação do procedimento é um exame da sua validade. Nada diz respeito ao exercício do direito de ação. Não há erro de escolha do procedimento que não possa ser corrigido, por mais discrepantes que sejam o procedimento indevidamente escolhido e aquele que se reputa correto. [...] Não existisse o inciso V do art. 295, que expressamente determina uma postura do magistrado no sentido aqui apontado, sobraría a regra da instrumentalidade das formas, prevista nos arts. 244 e 250 do CPC, que impõe o aproveitamento dos atos processuais, quando houver erro de forma” (in op. cit., p. 214). Dessarte, assim como Freddie Didier Jr. e outros processualistas (como José Orlando Rocha de Carvalho e Barbosa Moreira), não adotaremos a concepção tripartite do interesse de agir, pelo que entenderemos que resultará preenchida a condição da ação “interesse de agir” quando adimplidos os requisitos do interesse-utilidade e do interesse-necessidade.

75 CPC, art. 295: “A petição inicial será indeferida: [...] III – quando o autor carecer de interesse processual”.

76 DINAMARCO, op. cit., p. 303.

quando o provimento pedido não é mais, ou simplesmente não é, capaz de propiciar-lhe o bem”⁷⁷. Assim, quando não é mais possível obter o resultado buscado, há “perda do objeto” da causa e, pois, ausência de interesse processual, por falta de utilidade da tutela judicial pretendida.

2.3.2 O Interesse-necessidade (necessidade de acionamento do Judiciário para o exercício do direito)

Já no que concerne ao interesse-necessidade, ele, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco⁷⁸, só há “quando, sem o processo e sem o exercício da jurisdição, o sujeito seria incapaz de obter o bem desejado”. Isto é, aquele que se considera titular de um direito não pode, sem a intervenção judicial, fazer valer o seu interesse. Em outras palavras, a prestação jurisdicional é o único meio capaz de garantir ao sujeito o alcance do bem postulado.

Com efeito, de acordo com Ada Pellegrini Grinover e seus parceiros de texto⁷⁹:

Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil e a ação penal condenatória, no processo penal).

Desse modo, o interesse-necessidade (e, por conseguinte, o interesse de agir) somente estará preenchido quando houver a necessidade de acionamento do Poder Judiciário para o exercício do sustentado direito, visto que, como ensina Fredie Didier Jr.⁸⁰, “a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflitos”.

Em suma, pois: haverá interesse de agir (interesse processual) quando a parte tiver a necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida (interesse-necessidade) e, outrossim, quando tal tutela jurisdicional puder lhe trazer alguma utilidade do ponto de vista prático (interesse-utilidade), redundando a falta do aludido interesse processual (seja por ausência do interesse-necessidade e/ou do interesse-utilidade) no indeferimento da petição inicial (CPC, art. 295, III) e na extinção do processo, sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI), em razão de carência da ação.

77 DINAMARCO, op. cit., p. 304.

78 Ibidem, p. 305.

79 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 289.

80 DIDIER JR., op. cit., p. 212.

Feitas as suso digressões genéricas sobre o direito fundamental de ação e as condições da ação, imprescindíveis à conclusão do vertente trabalho, adentremos no estudo específico da necessidade, ou não, do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ingresso no Poder Judiciário, fim último do atual escrito. Antes, porém, por necessárias, cumpre-nos tecer algumas observações sobre os benefícios previdenciários.

3 OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

3.1 Os Benefícios Previdenciários

A teor do que inculpe o art. 18, caput, da Lei nº 8.213/91, o Regime Geral da Previdência Social – RGPS compreende duas espécies de prestações, quais sejam, as prestações de cunho pecuniário (os benefícios) e as prestações não pecuniárias (os serviços)⁸¹.

De um lado, são benefícios previdenciários devidos ao segurado: a) a aposentadoria por invalidez; b) a aposentadoria por idade; c) a aposentadoria por tempo de contribuição; d) a aposentadoria especial; e) o auxílio-doença; f) o salário-família; g) o salário-maternidade; e h) o auxílio-acidente (Lei nº 8.213/91, art. 18, I). Por outra banda, são devidos ao dependente do segurado os benefícios: 1) pensão por morte; e 2) auxílio-reclusão (Lei nº 8.213/91, art. 18, II).

3.2 O Requerimento Administrativo dos Benefícios Previdenciários e a Rede de Atendimento do INSS

Noutro giro, o requerimento administrativo dos benefícios previdenciários é feito junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que é a autarquia federal a quem compete a gestão do Plano de Benefícios e Serviços do RGPS, nos termos das Leis nºs 8.029/90, 8.212/91 e 8.213/91.

Com relação ao INSS, a sua rede de atendimento aos segurados e dependentes do RGPS é composta por Agências da Previdência Social – APS fixas, pela Agência Eletrônica de Serviços ao Segurado, pela Central Telefônica de Atendimento, por Unidades Móveis Flutuantes, por Unidades de Atendimento Móveis e pelas unidades de atendimento denominadas PREVICIDADE.

No que concerne às APS fixas, elas estão atualmente presentes nas 27 (vinte e sete) unidades da federação e em 1.220 (um mil, duzentos

81 Frise-se que, em razão do objetivo limitado do atual artigo, não teceremos maiores considerações sobre os serviços, cumprindo apenas registrar que estes são o serviço social e a reabilitação profissional, nos termos do art. 18, III, da Lei nº 8.213/91.

e vinte) municípios brasileiros, totalizando 1.506 (um mil, quinhentos e seis) APS fixas⁸², que detêm acesso facilitado para idosos e pessoas portadoras de necessidades especiais.

Quanto à Agência Eletrônica de Serviços ao Segurado, ela está presente na internet (<http://www.previdencia.gov.br>) e oferece 51 (cinquenta e um) serviços e links informativos com o objetivo de desburocratizar o atendimento ao segurado, como, por exemplo, o requerimento e os pedidos de prorrogação e reconsideração de alguns benefícios.

Acerca da Central Telefônica de Atendimento, ela é realizada pelo telefone gratuito 135 (cento e trinta e cinco) e oferece aos segurados e dependentes diversos serviços, como a prestação de informações e o agendamento de requerimento de benefícios previdenciários e de pedidos de prorrogação e reconsideração.

Sobre as Unidades Móveis Flutuantes, elas são efetuadas pelos PREVBarcos e levam à população ribeirinha que habita nas margens dos rios dos Estados do Amazonas, do Pará e de Rondônia (populações que vivem em áreas isoladas e de difícil acesso onde não há uma agência fixa da Previdência Social) todos os serviços disponíveis nas APS.

No que pertine às Unidades de Atendimento Móveis – UAM, elas hoje somam 35 (trinta e cinco) UAM espalhadas por todo o Brasil e são uma alternativa para facilitar a vida dos segurados e dependentes que moram em cidades que não dispõem de uma APS fixa, na medida em que se deslocam para onde o cidadão está e oferecem todos os serviços de uma APS fixa.

E quanto às denominadas PREVCidade, estas são unidades de atendimento instaladas por meio de convênios⁸³ entre o INSS (que capacita, supervisiona e faz a orientação técnica dos servidores da Prefeituras) e as Prefeituras (que arcam com a infraestrutura e os recursos humanos), e que, objetivando facilitar a vida do cidadão, prestam alguns serviços previdenciários (como, v.g., informação e recebimento, análise, conferência e formatação de todos os requerimentos) preferencialmente nas localidades onde não existe uma APS.

De outra banda, urge salientar, por oportuno, que desde janeiro de 2009 ocorre o chamado Projeto de Expansão da Rede de Atendimento do INSS – PEX, que visa a interiorizar e aumentar o número de Agências da Previdência Social – APS em todo o País, reforçando, desse modo, o atendimento nas cidades de porte médio (com mais de 20 – vinte – mil habitantes, que até então não dispunham de uma APS) e, outrossim, facilitando o acesso aos segurados e dependentes do INSS. Ainda, o PEX previu originalmente a instalação de 720 (setecentos e vinte) novas

82 Dados de 29.07.2013, segundo consta no anexo “Informações sobre a Rede de Atendimento do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS”.

83 Havia, até junho de 2013, 161 (cento e sessenta e um) convênios celebrados.

APS e, também, a construção de outras APS mediante a detecção de necessidades pontuais, o que resultará, ao fim de sua execução, num total de 1.853 (um mil, oitocentos e cinquenta e três) APS fixas funcionando em todo o País⁸⁴.

À demasia, impende registrar a eficácia do atendimento da rede do INSS, na medida em que mais da metade dos benefícios requeridos é deferida na via administrativa, consoante se observa dos seguintes números:

ANO	REQUERIDOS ¹	DEFERIDOS	PERCENTUAL
<u>2010</u>	7.813.605	4.322.141	55,32
<u>2011</u>	8.046.149	4.404.081	54,74
<u>2012</u>	8.425.295	4.573.239	54,28
<u>2013</u> ²	4.244.327	2.348.151	55,32

Derradeiramente, urge salientar que, quanto ao tempo médio, o cidadão costuma: i) esperar 20 (vinte) dias para ser atendido na APS (a contar da data do agendamento); ii) aguardar 30 (trinta) minutos para ser efetivamente recebido no balcão de atendimento (a contar da sua chegada na APS); iii) esperar 30 (trinta) minutos para realizar o seu pedido (a partir de sua chegada ao balcão), onde na maioria dos casos (em média 56% – cinquenta e seis por cento⁸⁷) já obtém imediata decisão sobre tal requerimento; e iv) aguardar 29 (vinte e nove) dias por uma decisão sobre o seu requerimento de benefício (a contar da data do agendamento)⁸⁸.

Concluídas as observações sobre os benefícios previdenciários, passemos, no capítulo a seguir, a digredir precisamente sobre a necessidade, ou não, do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ingresso no Poder Judiciário.

4 A REGRA DA NECESSIDADE DO PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PARA O INGRESSO NO JUDICIÁRIO

Para se chegar à conclusão da regra da necessidade do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário junto ao

84 Ressalte-se, mais uma vez, que hoje já há 1.506 (um mil, quinhentos e seis) APS fixas em pleno funcionamento.

85 Frise-se que os requerimentos de benefícios não são as únicas demandas das APS, visto que outros serviços (como, v.g., a contagem de tempo de contribuição) também constituem parcela relevante do atendimento. E considerando todos esses serviços, as APS atenderam as seguintes quantidades de pessoas: a) 48.449.651 em 2010; b) 49.681.568 em 2011; c) 47.529.685 em 2012; e d) 22.554.721 até junho de 2013.

86 Dados até junho de 2013.

87 Ressalvadas as espécies de benefícios que dependem de perícia médica.

88 Dados constantes no anexo “Informações sobre a Rede de Atendimento do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS”.

INSS para o acionamento do Poder Judiciário, faz-se necessário, antes, tecer breves considerações sobre o princípio da separação dos Poderes. Vejamos.

4.1 O Princípio da Separação dos Poderes

Conforme ensina Gabriel Chalita, o poder pode ser entendido como a “capacidade de impor a própria vontade numa relação social”⁸⁹ ou, nos termos de Marcello Caetano, como “a possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia”⁹⁰.

Na seara política, precisamente no âmbito do Estado, tem-se o poder político, que é a autêntica manifestação da soberania estatal e que pode ser compreendido como “a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria (não recebida de outro poder), instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coação”⁹¹.

Impende esclarecer, de outro giro, que o poder estatal (político) não se confunde com as funções estatais, sendo estas funções albergadas pelo princípio em análise, e não aquele poder político. Com efeito, consoante professa Dirley da Cunha Júnior⁹²:

O poder político, como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, uma vez que aquela “capacidade de impor”, decorrente de seu conceito, não pode ser fracionada. Embora realidade única, ele manifesta-se por meio de funções, que são, fundamentalmente, de três ordens, a saber: a executiva, a legislativa e a judiciária. Essas funções, por muito tempo, houve-se concentradas junto a determinado organismo estatal. O fenômeno da separação de Poderes não é senão o fenômeno da separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado. O que corretamente, embora equivocadamente, se convencionou chamar de separação de Poderes, é, na verdade, a distribuição e divisão de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. Deveras, como o poder é uno e incindível, não há falar em separação de Poderes, mas, sim, em separação de funções do Poder político ou simplesmente de separação de funções estatais. Insistimos: não é o poder que é divisível, mas, sim, as funções que o compõem e se manifestam por distintos órgãos do Estado.

89 CHALITA, Gabriel. *O Poder*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

90 CAETANO, Apud CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 514.

91 CAETANO, Apud CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 514.

92 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 515.

Destaque-se, ainda, que, como salientado pelo filósofo iluminista Montesquieu (um dos formuladores do princípio em questão), tal separação de Poderes (leia-se, como visto, separação de funções) se deve ao fato de que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”⁹³. Isso porque nesta situação de concentração de poderes não haveria liberdade política nem controle mútuo e recíproco (checks and balances; sistema de freios e contrapesos entre os Poderes, essenciais às liberdades públicas) entre os Poderes estatais, o que resultaria em despotismo, tirania, arbitrariedade e opressão por parte dos que ocupassem as funções estatais carentes de separação, nocivos tanto ao próprio Estado quanto aos direitos fundamentais dos cidadãos (governados).

Assim, além da divisão de funções do Poder político, revela-se necessário que “essas distintas funções sejam exercidas por órgãos também distintos, da forma a mais especializada possível, todos situados num mesmo plano, sem haver qualquer relação de subordinação entre eles”⁹⁴. Noutras palavras, é imprescindível, como sintetizado por Dirley da Cunha Júnior⁹⁵, que:

[...] os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”. Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes.

Frise-se que, com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da separação dos Poderes encontra previsão no art. 2º da Constituição Federal, ao dispor que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Consagra-se, pois, a separação dos Poderes assentada na independência e harmonia entre os órgãos do poder político, o que resulta, com relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na ausência de qualquer relação de subordinação ou dependência no que se refere ao exercício de suas funções e, ao mesmo tempo, no estabelecimento de um mecanismo

93 MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Marins Fontes, 1993. p. 181.

94 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 522.

95 Ibidem, p. 522.

de controle mútuo entre os aludidos três Poderes (a já referida fórmula do checks and balances).

Por último, insta averbar que a independência entre os Poderes não significa exclusividade no exercício das funções que lhe são atribuídas, mas, sim, predominância no seu desempenho. De fato, embora, com base na clássica tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais sejam exercidas, predominantemente e respectivamente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (funções típicas ou principais), os mencionados Poderes também desempenham, de modo subsidiário, as funções típicas dos outros Poderes (no caso, funções atípicas ou secundárias), com vistas a garantir a sua própria autonomia e independência. Desse modo, o princípio da separação dos Poderes deve ser entendido como:

[...] um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial.⁹⁶

4.2 A Leitura Deontológica da Constituição Federal e a Imposição Constitucional da Regra da Necessidade do Prévio Requerimento Administrativo do Benefício Previdenciário para o Ingresso no Poder Judiciário

Antes da pacificação jurisprudencial, feita pelo Supremo Tribunal Federal – STF (que veremos a seguir), a respeito da matéria, alguns Tribunais (TRFs da 1ª e da 3ª Regiões, por exemplo) adotavam o entendimento segundo o qual é dispensável o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ajuizamento da respectiva ação, visto que tal exigência configura ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição da República (princípio da proteção efetiva contra lesão/ameaça a direito ou da inafastabilidade da jurisdição).

Outros Tribunais (como o TRF da 2ª Região), de forma diversa, entendiam que o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário é necessário para a configuração do interesse de agir e, portanto, é condição para o ajuizamento da ação, pelo que a sua ausência resulta na extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, sob pena de, em se entendendo diversamente, ocorrer a realização do papel do Poder Executivo pelo Poder Judiciário

⁹⁶ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 527.

e, assim, se efetivar a violação do princípio da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal).

Constata-se, pois, que, enquanto alguns dos referidos Tribunais afastavam o princípio da separação dos Poderes, se apegavam ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e contribuía para a crescente demanda judicial por benefícios previdenciários, outros Tribunais – como o TRF da 2ª Região – sacrificavam o princípio da proteção efetiva em benefício do princípio da separação dos Poderes e, com tal postura, influenciavam diretamente na redução da aludida demanda judicial por benefícios previdenciários.

Assim, não obstante tais diferenças de entendimento, todos os mencionados Tribunais (em destaque: os TRFs da 1ª, da 2ª e da 3ª Regiões) ostentavam em comum uma leitura axiológica da Constituição (baseada nas Teorias de Robert Alexy e Isaiah Berlin), na medida em que defendiam uma concepção de princípios enquanto “valores morais”, “na qual se verifica uma permanente e irreconciliável incompatibilidade, o que força a sociedade a lidar, necessariamente, com o sacrifício de princípios”⁹⁷ (na espécie, ora o princípio da inafastabilidade da jurisdição e ora o princípio da separação dos Poderes era sacrificado), por meio do método da proporcionalidade/ponderação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), de acordo com uma escala de prioridade.

Contudo, apesar de tal leitura axiológica resultar na interpretação jurisprudencial que mais contribui para a redução das demandas judiciais (no caso, a interpretação dada pelo TRF da 2ª Região), ela não é satisfatória ao modelo jurídico-constitucional adotado pela República Federativa do Brasil desde 1988, já que, de uma ou de outra forma interpretativa, gera o abandono de princípio constitucional e, portanto, não pode ser abraçada pelo STJ e pelo STF em seus respectivos julgamentos de representação de controvérsia.

Noutro giro, partindo-se de uma leitura deontológica da Constituição (visão de Ronald Dworkin), é possível lidar com normas em permanente tensão sem que isso implique contradição e necessidade de abandono de princípios, porquanto a interpretação a ser dada aos princípios, em discursos de aplicação próprios da atividade judicial, “não equivale a um juízo de preferência sobre interesses conflitantes, mas na busca do sentido que, diante das especificidades do caso concreto e da complexidade normativa envolvida, ofereça uma resposta coerente com o ordenamento”⁹⁸ jurídico, com vistas a garantir a integridade do direito⁹⁹ e a efetividade da complexa comunidade de princípios.

97 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Limites Internos e Externos e o “Conflito de Valores”*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 29 maio 2013. p. 07.

98 *Ibidem*, p. 11-2.

99 Na visão dworkiniana, DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 272. “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.

Com efeito, nas palavras de Alessandro Antonio Passari¹⁰⁰, o direito como integridade é o “processo de solucionar controvérsias buscando a melhor interpretação possível, fazendo um uso coerente de princípios, abarcados dentro de uma teoria política geral que permite explicar a solução de casos passados e de casos hipotéticos”, e que esteja de acordo com a moralidade da comunidade (relação de complementaridade entre moral, direito e política). E Menelick de Carvalho Netto¹⁰¹ acrescenta que tal conceito de integridade ostenta duas acepções, na medida em que:

[...] significa, a um só tempo, a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípio, ou seja, uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum, bem como, em uma dimensão diacrônica, a leitura, à melhor luz, da sua história institucional, como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal.

Dessarte, “diante da situação concreta e com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua integridade, e não numa garantia metodológica”¹⁰² (como a realizada se se fizer uma leitura axiológica), chegar-se-á à única decisão correta (expressão dworkiniana) autorizada pelo ordenamento a partir da estrutura principiológica do direito, que, no caso em tela, é a exigência, em regra, do prévio requerimento administrativo para a postulação judicial do benefício previdenciário (que não se confunde com o exaurimento da via administrativa¹⁰³, este consensualmente dispensado para o ajuizamento da ação, a teor da Súmula nº 213 do antigo Tribunal Federal de Recursos – TFR¹⁰⁴), dispensando-se tal exigência nas hipóteses em que se revelar impossível ou notoriamente inócuo o aludido requerimento administrativo.

Em realidade, a postura a ser adotada pelo aplicador do direito, no caso concreto, deve ser no sentido de interpretar os dois princípios em questão

100 PASSARI, Alessandro Antonio. *Democracia e Tutela Jurisdicional sob a Ótica Hermenêutica de Ronald Dworkin*. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/05_Democracia_e_tutela.pdf>. Acesso em: 30 maio 2013.

101 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Lutas por Reconhecimento e a Cláusula de Abertura da Constituição*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 29 maio 2013. p. 11.

102 SCOTTI, Guilherme. *Teorias Jurídicas Positivistas*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 10 maio 2013. p. 04-5.

103 Sobre a diferença entre prévio requerimento administrativo e exaurimento da via administrativa, insta esclarecer que o primeiro se refere ao pedido prévio do benefício previdenciário na esfera administrativa (provocação da instância administrativa sem, contudo, ser necessário o seu esgotamento), ao passo que o segundo se relaciona ao esgotamento recursal da seara administrativa (necessidade de percorrer todas as instâncias da esfera administrativa).

104 Súmula nº 213 do TFR: “O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”.

(quais sejam, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio da separação dos Poderes) sempre em cotejo um com o outro, de modo:

- 1) a evitar a violação do princípio da separação dos Poderes, que ocorrerá se se atribuir caráter absoluto ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e, assim, se dispensar indiscriminadamente o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o acionamento do Judiciário, mesmo nos casos em que é desnecessário o recurso ao Poder jurisdicional para se chegar ao exercício do direito ao benefício previdenciário (nas hipóteses de ausência de lesão ou ameaça a direito e de falta de interesse processual – na acepção interesse-necessidade), porquanto, nesta situação de liberação geral do prévio requerimento administrativo, ocorrerá a usurpação de competências do Poder Executivo pelo Poder Judiciário – este passará a desenvolver tipicamente a função administrativa de concessão de benefício previdenciário – e, por conseguinte, a ofensa à separação orgânica, à separação funcional, à independência e à harmonia da tríade de Poderes do poder político soberano; e
- 2) a impedir a vulneração do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que acontecerá se se conceder caráter absoluto ao princípio da separação dos Poderes e, com isso, se exigir o ventilado prévio requerimento administrativo em todos os casos de acionamento do Poder Judiciário, mesmo nas situações em que este requerimento se revelar impossível ou notoriamente inócuo, uma vez que a mencionada exigência, nestas hipóteses, gerará a criação de um empecilho insuperável ou infrutífero ao exercício do direito de ação (e, portanto, a vulneração do núcleo essencial deste direito fundamental) e, outrossim, do direito ao benefício previdenciário.

Desse modo, para se garantir a conciliação, concordância prática e harmonização dos princípios da separação dos Poderes e da inafastabilidade da jurisdição (evitando-se o sacrifício total e definitivo de algum destes valores constitucionais e preservando-se o núcleo essencial de cada um destes bens constitucionais), bem como para se assegurar a integridade do direito (levando, pois, a sério as pretensões normativas, com a aplicação da norma previamente aprovada e a justiça no caso concreto) e, por conseguinte, a contínua afirmação/reconstrução jurídica, garantidoras da credibilidade/seriedade e legitimidade do regime democrático e da comunidade de princípios instituída pela Constituição da República, a única resposta correta a que os Tribunais tupiniquins, na sua tarefa de mediação interpretativa (com o uso da argumentação

jurídica/racional ou discurso de aplicação jurídica), podem alcançar é a seguinte: i) regra: exigência do prévio requerimento administrativo para o acionamento do Judiciário destinado ao recebimento de benefício previdenciário; e ii) exceção à regra: dispensa do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ingresso de ação judicial nas hipóteses em que se revelar impossível (v.g., no caso de segurado que vive em região isolada e/ou não acessível à rede de atendimento do INSS) ou notoriamente inócuo (p.e., nas situações cuja certeza do indeferimento administrativo do pedido de benefício já se tem de antemão) o aludido requerimento administrativo.

4.3 A Posição Jurisprudencial do STF

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 631.240/MG (relatoria do Ministro Roberto Barroso), pacificou a questão no âmbito dos Tribunais brasileiros, entendendo que, a partir do “pressuposto de que ninguém deve ir a juízo desnecessariamente, caberia verificar se a exigência de requerimento administrativo como configuradora do interesse de agir se amoldaria à disciplina constitucional de acesso ao Judiciário”.

Eis a ementa de tal julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas.
3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.
9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (in DJE de 13.11.2014).

5 CONCLUSÃO

Em linhas resumidas, pode-se concluir que, não obstante a ausência de entendimento jurisprudencial consensual, definitivo e consolidado sobre a necessidade, ou não, do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ajuizamento da ação que intenta o mesmo benefício, a única decisão compatível com o ordenamento jurídico fulcrado em princípios constitucionais é a feita a partir da abraçada leitura deontológica da Constituição Federal (fundada na interpretação conciliatória de princípios e advinda da teoria dworkiniana do direito como integridade), que resulta na

exigência, em regra, do prévio requerimento administrativo para a postulação judicial do benefício previdenciário, dispensando-se tal exigência nas hipóteses em que o citado requerimento se revelar impossível ou notoriamente inócuo.

Em realidade, conforme visto, não se pode conceder nem ao direito fundamental de ação (princípio da inafastabilidade da jurisdição) tampouco ao princípio da separação dos Poderes o caráter de norma constitucional absoluta, porquanto nenhum direito ou princípio previsto na Carta Federal se reveste de tal atributo, sendo todos sofrendores de conformações e limitações destinadas à garantia da unidade e harmonização da Constituição, com vistas a evitar o total sacrifício ou abandono de algum dos valores constitucionais.

Por conseguinte, com relação ao art. 5º, XXXV, da Constituição da República, a atividade legislativa limitadora exige o interesse processual (binômio necessidade-utilidade) como condição para o exercício do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, cuja radiação, no caso concreto, em razão da imprescindível demonstração do interesse-necessidade, é a fixação da regra da exigência do prévio requerimento administrativo para o acionamento do Judiciário destinado ao recebimento de benefício previdenciário. De fato, o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário junto ao INSS se revela imprescindível para a propositura da respectiva ação judicial, já que a sua falta impede a caracterização da resistência do INSS ao cumprimento voluntário da obrigação (assim como da configuração da lesão e/ou ameaça ao eventual direito, requisito para o exercício do direito de ação) e, portanto, impossibilita a demonstração do caráter necessário do provimento jurisdicional para o exercício do direito, o que resulta na ausência de interesse de agir (condicionante da ação) e na extinção do processo, sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI).

Do mesmo modo, quanto ao art. 2º da Magna Carta, a carência de rigidez – ausência de caráter absoluto, fruto do neoconstitucionalismo, em que é perfeitamente possível um Poder interferir na esfera do outro com o objetivo de dar eficácia aos anseios democráticos da coletividade insculpidos na Constituição Federal – do princípio da separação dos Poderes permite, em face da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, e com o objetivo de concretização das normas constitucionais (principalmente das prescritivas de direitos e garantias fundamentais, incluindo as relacionadas à previdência social), a atuação proativa do Poder Judiciário¹⁰⁵, que redundará, na espécie, no estabelecimento da exceção consubstanciada na dispensa

105 Impõe esclarecer que, ante a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário acaba sendo chamado para suprir a aludida omissão inconstitucional do Estado e garantir a concretização dos direitos fundamentais e a implementação das políticas públicas constitucionalmente asseguradas. Trata-se, pois, do ativismo judicial, acerca do qual Luiz Roberto Barroso (*in Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2014. p. 06) professa: “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração

do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ingresso de ação judicial nas hipóteses em que se revelar impossível ou notoriamente inócuo o aludido requerimento administrativo. Com efeito, somente nestes casos de impossibilidade ou inocuidade do requerimento administrativo é que é possível se aplicar a mencionada exceção, na medida em que a dispensa indiscriminada do prévio requerimento administrativo conduz à usurpação da competência administrativa do Poder Executivo (realizada na pessoa do INSS) pelo Poder Judiciário e constitui desdouro ao princípio da separação dos Poderes.

Por derradeiro, impende gizar que a referida leitura deontológica dos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da separação dos Poderes, geradora da regra (e respectiva exceção) da condição do prévio requerimento administrativo para a postulação judicial do benefício previdenciário, garante, nos termos suso defendidos, a observância, a um só tempo, dos artigos 2º e 5º, XXXV, da Constituição Federal, bem como evita o ajuizamento de ações desnecessárias, uma vez que obriga, em regra, o suposto segurado do RGPS a procurar o recebimento de seu benefício previdenciário junto ao INSS, que, como registrado, detém uma rede de atendimento ampla, ramificada e eficaz, na qual a maioria dos requerimentos administrativos obtém, num exíguo espaço de tempo, resposta positiva quanto à concessão de benefícios previdenciários.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Lutas por Reconhecimento e a Cláusula de Abertura da Constituição*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 29 maio 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Limites Internos e Externos e o “Conflito de Valores”*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 29 maio 2013.

CHALITA, Gabriel. *O Poder*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. *Conceito de Ação: da teoria clássica à moderna. Continuidade ou ruptura?*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/452/mod_resource/content/2/Texto-base_-_Unidade_1.pdf>. Acesso em: 15 out. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Informações sobre a Rede de Atendimento do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução de Fenando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. 3. ed. Tradução de DINAMARCO, Cândido Rangel. São Paulo, Malheiros, 2005.

LIMA, George Marmelstein. *O Direito Fundamental à Ação*. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante em Vigor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. *A Teoria da Ação de Liebman e sua Aplicação Recente pelo Superior Tribunal de Justiça: alguns aspectos dogmáticos da teoria da asserção*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13066>>. Acesso em: 6.abr. 2013.

PASSARI, Alessandro Antonio. *Democracia e Tutela Jurisdicional sob a Ótica Hermenêutica de Ronald Dworkin*. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/05_Democracia_e_tutela.pdf>. Acesso em: 30 maio 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SCOTTI, Guilherme. *Teorias Jurídicas Positivistas*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 10 maio 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: regime geral da previdência social e regimes próprios de previdência social*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.