
O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO NAS LIDES PREVIDENCIÁRIAS COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, REPARTIÇÃO DE PODERES E EFICIÊNCIA

Paula Rodrigues Coimbra Sales
Procuradora Federal

SUMÁRIO: Introdução; Capítulo 1- Jurisdição, ação e a pacificação social; 1.1 A trilogia estrutural a serviço da solução justa dos conflitos; 1.2 O conceito do direito de ação e sua evolução: da teoria civilista à teoria eclética de Liebman; Capítulo 2 - A tutela constitucional do processo e o “justo” acesso à Atividade Jurisdicional; 2.1 A tutela constitucional do processo; 2.2 O Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o exaurimento das vias administrativas (art. 5º, inciso XXXV, da CF); 2.3 Princípio da repartição dos poderes (art. 2º, da CF) 2.4 Princípio da efetividade (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal); Capítulo 3 - Regras X Princípios e os elementos metajurídicos; 3.1 A ponderação de interesse pela teoria principiológica de Dworkin para a compatibilização dos preceitos constitucionais; 3.2 Os elementos metajurídicos na interpretação do direito e a exigência do prévio requerimento administrativo; Capítulo 4 - Concepções Doutrinárias e jurisprudenciais acerca

da exigência de prévio requerimento administrativo; 4.1 A exigência de prévio requerimento administrativo como condição da ação: elemento necessário à caracterização da lesão ou ameaça a direito para o controle jurisdicional - ausência de ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da CF; 4.2 A atividade do poder judiciário em substituição ao poder executivo: caracterização de ofensa ao art. 2º da constituição federal; 4.3 A inviabilidade da manutenção do sistema judiciário com a transferência da demanda administrativa para a esfera judicial: negativa ao princípio da eficiência (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal); 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: É recorrente em matéria previdenciária o ingresso de pedido judicial antes mesmo de qualquer requerimento administrativo com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e tal possibilidade tem sido objeto de intensos debates na doutrina e nos Tribunais Pátrios. Há uma discussão doutrinária relevante e divergências jurisprudenciais acerca do tema que culminaram na admissão da repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário. Assim, o presente estudo tem por objeto a análise da doutrina brasileira acerca da necessidade do prévio requerimento administrativo como condição ao desenvolvimento válido do processo, bem como da construção jurisprudencial observada nos Tribunais Superiores, com a finalidade de identificar a aparente colisão de normas constitucionalmente consagradas, à luz dos mecanismos de harmonização de princípios constitucionais trazidos pelos doutrinadores. Como objetivo específico, dentre outros, busca-se demonstrar que os Tribunais pátrios, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, vêm atualmente seguindo a tendência de uma verdadeira evolução do sistema democrático brasileiro, com a continuidade e aproximação cada vez maior do conceito de ação, em sua concepção eclética, adequando-a ao novo contexto histórico contemporâneo, em que não se está mais em risco o acesso amplo e irrestrito ao Poder Judiciário. Com a análise de precedentes judiciais, busca-se ainda identificar o tratamento jurisprudencial dispensado ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, separação de poderes e efetividade em relação ao tema proposto. Trata-se, pois, de analisar a postura do Poder Judiciário frente à aparente colisão de normas constitucionalmente consagradas à luz dos mecanismos de harmonização de princípios constitucionais trazidos pelos doutrinadores.

PALAVRAS-CHAVE: Prévio Requerimento Administrativo. Condições da Ação. Ausência de Interesse de Agir. Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição. Princípio da Repartição de Poderes. Efetividade.

ABSTRACT: Applicant's social security matters in the entry of court order even before any administrative application based on the principle of non-refoulement

of jurisdiction and this possibility has been the subject of intense debate in doctrine and in the Courts patriotic. There is a relevant discussion doctrinal and jurisprudential disagreements about the issue that led to the admission of the general implications of the issue by the Supreme Court in place of extraordinary appeal. Thus, the present study aims at the analysis of the Brazilian doctrine of the need for prior administrative requirement as a condition to the development of valid process and the judicial construction observed in the Superior Courts, in order to identify the apparent collision of norms constitutionally enshrined in the light of harmonization mechanisms of constitutional principles brought by scholars. Specific objectives, among others, we seek to demonstrate that the patriotic courts, especially the Supreme Court, currently are following the trend of a true evolution of the Brazilian democratic system, with continuity and increasing approximation of the concept of action, in its eclectic design, adapting it to the new contemporary historical context, in which no one is more at risk the full and unrestricted access to the Judiciary. With the analysis of judicial precedents, we seek to further identify the jurisprudential treatment of the principle of non-refoulement of jurisdiction, separation of powers and effectiveness in relation to the proposed theme. It is, therefore, to analyze the position of the judiciary against the apparent collision of constitutionally enshrined in the light of harmonization mechanisms of constitutional principles brought by scholars standards.

KEYWORDS: Prior Administrative Application. Conditions of Action. Lack of Interest in Acting. Constitutional Principle of Non-Refoulement of Jurisdiction. Principle of Division of Powers. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Como se observa na redação do dispositivo constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), a lei não pode afastar a jurisdição quando houver lesão ou ameaça a direito.

Contudo, ao deixar a parte de levar seu pedido à Administração, evidentemente, não se toma conhecimento de sua pretensão e, portanto, não há a emissão de qualquer juízo de valor, inexistindo, por isso mesmo, pretensão resistida.

Ademais, diante da inexistência de prévio requerimento, não há lide e, conseqüentemente, não se afigura presente uma das condições para a propositura da ação judicial, qual seja, o interesse de agir.

É comum, contudo, especialmente em matéria previdenciária, ingressar-se com pedido judicial antes mesmo de qualquer requerimento administrativo, com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Na lida cotidiana das atribuições do cargo de Procurador Federal, especialmente nas

lides previdenciárias, o tema é recorrente e tem sido objeto de intensos debates na doutrina e nos Tribunais Pátrios.

De fato, atualmente, há uma discussão doutrinária e divergências jurisprudenciais acerca da exigibilidade do prévio requerimento em matérias previdenciárias, além, à evidência, da elevada relevância do tema, o que culminou na admissão da repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, para que seja firmado um entendimento contudente acerca das divergências existentes em torno da questão. Não há, pois, um posicionamento uno e incisivo sobre a matéria, o que motivou a elaboração da presente monografia.

Importante destacar também a grande demanda judicial existente no país sob o pálio da Justiça Gratuita, o custo do aparato judicial, além do pagamento de juros e honorários advocatícios, de forma que o processo judicial é muito mais custoso ao Erário do que se o mesmo pedido fosse feito no âmbito administrativo.

Assim, o tema da do prévio requerimento administrativo tem nítida relevância pública, pela oneração do Estado que a sua desnecessidade acarreta e por identificar se os critérios de ponderação utilizados nas decisões judiciais têm atendido aos princípios basilares do direito público, como o princípio da repartição de poderes e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que devem ser garantidos pelo Estado, na forma dos artigos 2º e 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Ademais, é importante ressaltar a quantidade significativa de ações em matéria previdenciária, que representa uma grande parcela do total de ações em que o Poder Público figura como réu. Uma possível solução do Supremo Tribunal Federal no sentido da desnecessidade do prévio requerimento administrativo aumentará desenfreadamente o número de ações judiciais em todo o País, o que, teoricamente, inviabilizaria a própria atividade jurisdicional e dificultaria a própria defesa do ente público por meio de seus representantes legais em juízo.

Trata-se, portanto, de um trabalho cujo objeto consiste na análise da doutrina brasileira acerca do objeto acima enunciado, bem como da construção jurisprudencial observada nos Tribunais Superiores, notadamente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de identificar a aparente colisão de normas constitucionalmente consagradas, à luz dos mecanismos de harmonização de princípios constitucionais trazidos pelos doutrinadores.

Como objetivo específico, dentre outros, busca-se, deveras, demonstrar que os Tribunais pátrios, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, vêm atualmente seguindo a tendência de uma verdadeira evolução do sistema democrático brasileiro, com a continuidade e aproximação cada vez maior do conceito de ação, em sua concepção eclética, adequando-a ao novo contexto histórico contemporâneo sem grandes rupturas, em que não se está mais em risco o acesso amplo e irrestrito ao Poder Judiciário.

Através do método indutivo-razional, partindo-se de uma visão dogmática até a chegada de uma perspectiva teleológica do direito, verificando sempre a atualidade e a validade das ideias relacionadas, com o estabelecimento de pontos de convergência e divergência existentes, sempre com uma palavra de aceitação ou refutação de ideias, à luz das normas e princípios do ordenamento jurídico vigente.

Com a análise de precedentes judiciais será identificado o tratamento dispensado ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e separação de poderes, com enfoque nos seguintes questionamentos: a propositura de ação judicial é condicionada ao prévio requerimento administrativo? Tal exigência afronta ou satisfaz o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o da repartição de poderes?

Os pontos que se colocam, portanto, também são os seguintes: por que determinadas decisões judiciais sobre matérias de ampla repercussão têm impedido a efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais? Qual a motivação de tais decisões no campo principiológico? Como tem sido feita a conciliação dos princípios constitucionais? É possível identificar incoerências ou contradições?

Trata-se, pois, de também analisar a postura do Poder Judiciário frente à aparente colisão de normas constitucionalmente consagradas à luz dos mecanismos de harmonização de princípios constitucionais trazidos pelos doutrinadores.

Por fim, as fontes utilizadas serão a literatura mais autorizada acerca do assunto, nacional ou estrangeira, que trará uma visão doutrinária ao estudo, e as orientações jurisprudenciais, que representam a visão prático-interpretativa dos princípios e normas cogentes estabelecidos pelo legislador ordinário no tocante à matéria. E o resultado será a construção de um posicionamento próprio sobre o tema adotado, com a fixação das perspectivas vindouras quanto à exigibilidade do prévio requerimento administrativo para as demandas previdenciárias perante o Poder Judiciário.

CAPÍTULO 1 - JURISDIÇÃO, AÇÃO E A PACIFICAÇÃO SOCIAL

1.1 A trilogia estrutural a serviço da solução justa dos conflitos

Na fase primitiva da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar o individualismo e impor o direito acima da vontade dos particulares. No regime vigente da autotutela, os particulares, mediante o uso da própria força, defendiam e buscavam a satisfação de seus próprios interesses, sem que existisse a figura de um juiz equidistante das partes. Vigorava a imposição do direito pela parte mais forte.

Efetuada a transição da justiça privada para a pública, com o uso da solução imparcial de conflitos, o Estado, mediante seus representantes, em

caráter substitutivo das partes, passou a examinar as pretensões e resolver os conflitos de interesses autoritariamente e em posição equidistantes das partes interessadas. A essa atividade, dá-se o nome de jurisdição.

A Jurisdição, contudo, não é mera atividade, mas também função estatal e poder. O que distingue o poder jurisdicional dos demais poderes do Estado é precisamente a finalidade pacificadora para a qual o Estado o exerce.

Para o desempenho dessa função precípua, o Estado dispõe de duas ordens distintas: a legislativa e a jurisdicional. Com a primeira, se estabelece as normas eu possa reger as relações juridicamente relevantes. Já com a segunda, o Estado busca a realização prática dessas normas. Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país¹.

O processo, neste interregno, além de um instrumento técnico, é também ético, destinado à solução justa dos conflitos, - escopo magno da jurisdição, apesar dos outros existentes, como o social, o político e o jurídico, servindo à sociedade e ao Estado.

Dessa forma, o Estado tem o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional - dever de prestar a tutela jurisdicional, isto é, de dirimir os conflitos de interesses. Por outro lado, a par desse poder-dever, surge para o indivíduo um direito público subjetivo de acionar a jurisdição (direito de ação). Destarte, mediante o direito de ação, provoca-se a jurisdição estatal, a qual, por sua vez, será exercida por meio daquele complexo de atos que é o processo.

Essa trilogia estrutural (ação, jurisdição e processo) deriva das teorias germânicas do final do século XIX e das italianas do início do século XX. Contudo, em função dos diversos contextos históricos ao longo dos anos, fizeram-se necessárias diversas modificações conceituais para uma legitimação democrática da atividade jurisdicional diante das mutações na função política do Poder Judiciário, que acarretaram uma série de mudanças no processo de aplicação constitucional.

Nesse sentido, afirmar o caráter instrumental e seus fins, teoricamente, não é mais suficiente na sociedade contemporânea se não se obtém os resultados práticos resultantes de sua aplicação. E o acesso e a concretização desse provimento justo e eficaz não se satisfazem com a mera possibilidade de ingresso em juízo mediante o processo. Para a efetividade do processo, é necessário, além de tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema que o Estado persegue, superar os óbices que ameaçam o amplo e efetivo acesso à justiça.

A doutrina instrumentalista contemporânea, influenciada especialmente por Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH, localizou basicamente os três grandes óbices que ficaram conhecidos doutrinariamente como as “três ondas do acesso à justiça”.

1 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 38.

Num primeiro momento, a dogmática, mormente a processual, preocupou-se com os óbices econômicos de acesso ao Judiciário, que praticamente impediam os carentes de recursos de buscar essa atividade para obter a solução de seus conflitos. Nesse aspecto, o direito brasileiro avançou sobremaneira com a Lei 10.060/50, por exemplo, que garante aos economicamente necessitados a possibilidade de litigar, independentemente do pagamento de despesas processuais.

Construídos os mecanismos para superar eventuais óbices de natureza econômica para a busca do Judiciário, verificou-se, num segundo momento, que nem todos os interesses e posições jurídicas de vantagens eram passíveis de proteção por meio da atividade jurisdicional, especialmente os direitos que extrapolavam a esfera individual (difusos e coletivos, de acordo com conceituação prevista no parágrafo único do art.81 da Lei 8078/90). Contudo, o Direito Brasileiro novamente avançou significativamente com o texto da Constituição Federal de 1988, bem como por leis esparsas, como a Lei 4717/65 (Ação Popular), Lei 7347/85 (Ação Civil Pública) e Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Vencidos esses óbices, a terceira onda renovatória identificou-se com o modo de ser do processo, na busca da efetividade do processo como meio de acesso a um “justo” provimento jurisdicional. Passou-se a avaliar o grau de satisfação do próprio usuário da atividade jurisdicional. Embora haja muito a avançar nesse aspecto, a Emenda Constitucional n. 45/03 tratou de estabelecer expressamente nova premissa hermenêutica, uma verdadeira garantia processual e constitucional da duração do processo em prazo razoável, que será melhor analisado em tópico específico no presente trabalho.

1.2 O conceito do direito de ação e sua evolução: da teoria civilista à teoria eclética de Liebman

Como já exposto anteriormente, os conceitos utilizados pelo direito processual são impregnados pelos contextos históricos em que são pensados e é natural que com o desenvolvimento da ciência processual e com a construção histórica surjam diferentes teorias, especialmente a respeito da natureza jurídica da ação.

De fato, a teoria do processo acopla concepções diversas, unidas por uma coerência narrativa, mas sem uma forma lógica. Assim, surgindo um elemento radicalmente novo em relação aos existentes no direito anterior, a história demonstrou que o conceito de ação tende a se modificar para abarcar a nova realidade.

Dessa forma, o conceito de ação nem sempre foi o mesmo ao longo da história, nem mesmo na época da *actio* romana.

Em primeiro, viu-se a teoria romanista, trabalhada sobre o conceito de ação formulada pelo jurista romano Celso, que precedeu a Teoria civilista, defendida por Savigny e adotada pelo Código Civil de 1916 (art. 75).

Celso enunciava que a ação nada mais era do que o direito de pedir em juízo o que lhe é devido. Assim, o sistema romanista fundava-se na premissa de que a ação não era um direito específico, mas uma faceta do próprio direito subjetivo.

Afirmar que a cada direito corresponde uma ação significava também reconhecer que somente há direito quando existe uma forma de exercê-lo judicialmente. Assim, não haveria ação sem direito, nem direito sem ação, o que não poderia explicar, por exemplo, por essa teoria, a ação julgada infundada e a ação declaratória, justamente pelo fato de que não se pode dizer, a toda evidência, que não houve ação quando o pedido nela veiculado é julgado improcedente.

Dessa forma, ao limitar o poder dos juízes ao reconhecimento e manejo das ações previamente determinadas, ou seja, a uma previsão normativa que permitisse a interferência judicial em uma situação concreta, esta teoria aparentava ser incompatível com a jurisdição dos Estados Modernos, nos quais se consolidou o princípio de que qualquer demanda pode ser levada ao judiciário.

É a partir dessa problemática que surge a teoria civilista, na formulação de Savigny, que compatibilizava o sistema de direito romano com as novas realidades políticas, qual seja a conquista do direito de invocar a jurisdição em qualquer caso que uma pessoa julgasse ter tido violado um direito.

Assim, para os defensores dessa teoria, a ação seria imanente (aderida) ao direito material controvertido, de forma que a jurisdição só poderia ser acionada se houvesse a violação ao direito postulado, como um novo direito num estado de reação. Assim, não havia mais uma perfeita identidade entre a ação e o direito subjetivo material, apesar de uma estreita vinculação entre os dois conceitos. Da adoção da teoria imanentista advém três corolários:

- a) não há ação sem direito material;
- b) não há direito sem ação;
- c) a ação segue a natureza do direito material alegado.

Como afirma Ovídio Batista², a teoria civilista orientou a doutrina brasileira até meados do século XX e foi adotada inclusive pelo Código Civil de 1916, que assim dispunha em seu art. 75: "a todo direito corresponde uma ação, que o assegura".

Essa teoria, contudo, não foi mais adotada quando da elaboração do Novo Código Civil Brasileiro de 2002, nem mesmo referido dispositivo

2 SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

(art. 75, CC/1916) fora novamente reproduzido nesse novo diploma legal, ante as modificações ocorridas nessa concepção clássica quanto ao direito de ação. A doutrina moderna, cada vez mais, passou a considerar, de um modo geral, o direito de ação autônomo, distinto do direito material.

Isso porque, como dito, é evidente o vínculo entre as concepções processuais e a ideologia política vigente em um determinado tempo. Assim, essa concepção civilista do conceito de ação continuou a se modificar com o passar dos anos, acompanhando a ideologia política vigente em seu tempo, e essa reelaboração do conceito de ação partiu da Polêmica Windscheid X Muther – a ação como direito autônomo – surgida ainda no ano de 1856.

Assim, a partir do debate entre Windscheid e Muther, duas correntes principais se formaram para explicar a natureza autônoma da ação:

I – Teoria da ação como direito autônomo e concreto (Wach, Bulow, Hellwig): para essa teoria a ação é autônoma, mas só existe quando a sentença for favorável. Em outras palavras, o direito à ação só é possível quando existir o direito material.

II – Teoria da ação como direito autônomo e abstrato: para essa teoria, a ação não tem qualquer relação de dependência com o direito material controvertido.

Antes concebida como um direito de exigir o que é devido (teoria imanentista), a partir desse ponto, a ação passou a ser autônoma em relação ao direito material controvertido, notadamente em função da conquista histórica adquirida com a instituição do Estado de Direito, que passou a reconhecer a universalização da jurisdição.

Sobre a evolução histórica do conceito de ação, bem sintetiza Cândido Rangel Dinamarco³:

[...] foi esse sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal que no Século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio romana*: *ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual. Não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional*. A celeuma provocada a essas afirmações revolucionárias (hoje, tão naturais aos olhos do jurista moderno) acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até à plena consciência da autonomia não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais. A primeira dessas repercussões foi a tomada de consciência para autonomia

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 18-19.

da relação jurídica processual, que se distingue direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto.

Contudo, restou evidente da legislação pátria que o conceito de ação adotado pelo sistema processual civil brasileiro se afilia, na verdade, à Teoria Eclética da Ação. Explica-se.

Segundo LIEBMAN, o direito de ação não estaria vinculado a uma sentença favorável (teoria concreta), mas também não é completamente independente do direito material (teoria abstrata). Haveria, de fato, uma abstração do direito de ação, no sentido de que a existência do processo não estaria condicionada ao direito material invocado; porém, sustenta-se pela teoria eclética que a ação é o direito a uma sentença de mérito, seja qual for o seu conteúdo, isto é, de procedência, improcedência, ou mesmo extintiva. O acolhimento da teoria eclética de LIEBMAN pelo Código de Processo Civil brasileiro é evidenciado por uma série de dispositivos, tal como o seu artigo 267, inciso VI.

Embora um direito subjetivo abstrato, o direito de ação submete-se a determinadas condições imprescindíveis para que se possa exigir legitimamente a prestação jurisdicional. São elas: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*.

Consoante a legislação processual pátria, é dever do juiz a verificação prévia e *ex officio* da presença das referidas condições da ação, para *evitar o uso improficuo da máquina judicial*. A ausência de qualquer uma delas enseja a extinção do processo, por carência de ação, a qualquer tempo, ao longo do processo. É possível, inclusive, no sistema processual brasileiro, o ajuizamento pela parte prejudicada de ação rescisória, após o término do processo, a fim de rescindir o julgamento final que não a tenha declarado.

A possibilidade jurídica do pedido significa que é condição da ação a possibilidade do pedido ser apreciado pelo judiciário, porquanto não excluído *a priori* do ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, quer-se dizer que um pedido somente será juridicamente impossível caso haja um veto legal a sua formulação. Há uma tendência, porém, no direito contemporâneo, em reduzir os casos de impossibilidade jurídica do pedido, em virtude do movimento constitucionalista renovatório do amplo acesso à justiça, encampado por juristas como Cappelletti e Garth, já mencionado em tópico anterior.

Quanto à legitimidade *ad causam* se desdobra em legitimidade ativa e passiva. É titular da ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material e só pode ser demandado aquele que seja titular da obrigação correspondente. É a chamada legitimação ordinária, prevista no art. 6º do Código de Processo Civil Brasileiro.

Não obstante, a parte final do mencionado dispositivo legal traz também a chamada legitimação extraordinária, que permite o ingresso em juízo, em nome próprio, na defesa de direito alheio. A própria Constituição Federal de 1988 também ampliou sobremaneira esse rol de legitimados, sobretudo por

influência do movimento do “acesso à justiça”, que buscou enfrentar os óbices em relação à tutela dos direitos transindividuais.

Sobre o tema, Cappeletti e Garth no já citado ensaio para o “Projeto de Florença”, enunciaram como o segundo movimento ou onda renovatória no processo evolutivo para o acesso à ordem jurídica justa, o enfoque dado às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor⁴.

Por último, há o interesse de agir, que enuncia ser necessário não apenas a utilidade da prestação jurisdicional, mas também a sua necessidade e adequação. É certo que o Estado tem interesse na manutenção da paz e da ordem social, mas é necessário que a tutela do direito não possa ser satisfeita sem a intervenção judicial para que exista a utilidade das decisões. E não basta ser útil, a prestação jurisdicional solicitada precisa ser adequada ao direito perseguido pelo autor, ou seja, o provimento solicitado deve ser apto a corrigir a “injustiça” que o autor alega na lide, sob risco de não ter razão de ser.

CAPÍTULO 2 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO E O “JUS-TO” ACESSO À ATIVIDADE JURISDICIONAL

2.1 A tutela constitucional do processo

É inegável a relação existente entre o direito processual e o regime constitucional, dentro do sistema jurídico brasileiro. Ao analisar a Constituição brasileira em vigor, observam-se vários dispositivos aptos a caracterizar a tutela constitucional da ação e do processo.

Todo o direito processual brasileiro, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais e estabelece também princípios processuais. Ademais, alguns princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionalmente consagrados ou neles implícitos: o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da posição do juiz no processo, o da subordinação da jurisdição à lei, o da declaração e atuação do direito objetivo; e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária.

Com efeito, as atuais análises acerca do processo constitucional seguem na esteira dos pensamentos pioneiros de GOLDSCHIMIT, CALAMANDREI, COUTURE e LIEBMAN. Observa COUTURE, *in verbis*:

Las Constituciones del siglo XX han considerado, com muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho

4 CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 31.

procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora⁵.

O fenômeno conhecido por *Constitucionalização do Direito*, causa e consequência do *caráter analítico das Constituições contemporâneas*, atribuiu o *status de supralegalidade constitucional* àquelas matérias antes tratadas apenas em nível infraconstitucional. Assim, o direito processual passa de mero instrumento técnico, para assumir também a de ético, uma vez que é profundamente influenciado pelos fatores históricos, sociológicos e políticos que compõem a Constituição em um dado momento. É justamente a constituição, como resultante do equilíbrio desses fatores existentes na sociedade em dado momento, o instrumento jurídico de que passa a utilizar o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios.

Esse conteúdo constitucional-ideológico do processo na época contemporânea se reflete na consagração, por um lado, de normas constitucionais que visam à garantia processual da própria Constituição, e, por outro, de garantias constitucionais em relação ao processo e ao procedimento.

Para os fins específicos do presente estudo, contudo, destacam-se os postulados da tutela constitucional do processo, que englobam o direito de ação e de defesa e outras garantias que desses decorrem.

2.2 O Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o esgotamento das vias administrativas (art. 5º, inciso XXXV, da CF)

Como já comentado anteriormente, Cappeletti e Garth elaboraram um ensaio para o “Projeto de Florença”, no qual apresentaram como o terceiro movimento ou onda renovatória no processo evolutivo para o acesso à ordem jurídica justa, o enfoque dado ao acesso à justiça na tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo⁶.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 contemplou em seu art. 5º, inciso XXXV, de forma expressa e categórica, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, alçado à categoria de direito fundamental, também denominado, de forma mais precisa e atual pela doutrina pátria, de “acesso à ordem jurídica justa”⁷.

Sobre o tema, leciona ainda Gilmar Mendes:

Ao olharmos o texto constitucional do artigo 5º, XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), vemos desenhado o próprio estado de direito. Tivemos poucas exceções a esse modelo de proteção judicial efetiva, e as que ocorreram foram negativas, como no período militar,

5 COUTURE, Eduardo J. apud Ivo Dantas. *Processo Constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

6 CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 31.

7 WATANABE, Kazuo. Acesso a justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

especialmente com a edição do Ato Institucional nº 5, de 1968, pelo qual foram suspensas as garantias da magistratura e concedida indenidade aos atos baixados pelo poder revolucionário, tornando-os insuscetíveis de serem revistos ou apreciados pelo Poder Judiciário⁸.

Assim, em decorrência do princípio em análise, em clara evolução em relação ao sistema constitucional anterior do Brasil (art. 153, §4º, da CF/69, na redação dada pela ED n. 07, de 13.04.1977), passou-se desde 1988 a não mais se admitir a jurisdição condicionada ao prévio esgotamento das vias administrativas. E, exceções a esse direito e garantia individual, cláusula pétreia em nosso ordenamento jurídico, apenas seria possível se introduzido pelo próprio constituinte originário, como aconteceu com a justiça desportiva⁹.

Assim prescreve a Constituição Federal acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição:

Art. 5º. Omissis

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito;

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar o referido princípio sob a dicção de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), em verdade, revelou, ao mesmo tempo, duas importantes garantias que dele decorrem: a primeira é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição; enquanto a segunda é o direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha lesado ou simplesmente ameaçado um direito¹⁰.

Por conseguinte, garantido constitucionalmente o monopólio da jurisdição, conclui-se que toda e qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser examinada pelo Poder Judiciário. Fredie Didier Jr., neste diapasão, abaliza que - qualquer que seja a espécie de lide, em nosso sistema, poderá ser examinada pelo Poder Judiciário¹¹. Não se admite, portanto, qualquer empecilho a quem sinta seu direito lesado, ou mesmo ameaçado, socorrer-se à tutela jurisdicional. Por sua vez, o Judiciário, quando provocado, não poderá sonegar o exercício da sua atividade jurisdicional. Isso porque, como assinala Fredie Didier Jr., – ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro¹².

8 MENDES, Gilmar. Direito desportivo: função social dos desportos e independência da justiça desportiva. In: MACHADO, Rubens Approbato et al (coord.). *Curso de direito desportivo sistêmico*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 341.

9 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 699.

10 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 131.

11 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out. 2002. p. 27.

12 *Ibidem*, p. 23.

Desta forma, o texto constitucional, no tocante ao princípio na inafastabilidade da jurisdição, consagra o direito de ação como direito fundamental, sem condicionamentos ou quejandos¹³.

Contudo, se assim estabelece a Constituição Federal, porque o legislador estabeleceu as condições da ação em nível infraconstitucional e cada vez mais a teoria eclética ganha força no processualismo brasileiro? Quando o segurado propõe ação judicial sem ter havido sequer conhecimento por parte da Administração do direito que a parte demandante entende possuir, cabe a questão: qual é a lesão ou ameaça perpetrada se a administração não teve oportunidade de se manifestar a favor ou contra o direito reclamado judicialmente?

Como se infere, o disposto no art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal vigente, a própria lesão ou ameaça de direito a tutelar só surge a partir do momento em que a demandada, no caso em questão, a própria Administração, é incitada a se manifestar acerca do direito do segurado.

A doutrina tradicional passou a tratar como sinônimos o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a previsão de desnecessidade do prévio esgotamento da instância administrativa. Tal se infere da própria voz de Celso Ribeiro Bastos, que já se manifestou sobre a questão:

É certo que a lei poderá criar órgãos administrativos diante dos quais seja possível apresentarem-se reclamações contra decisões administrativas. A lei poderá igualmente prever recursos administrativos para órgãos monocráticos ou colegiados. Mas estes remédios administrativos não passarão nunca de uma mera via opcional. Ninguém pode negar que em muitas hipóteses possam ser até mesmo úteis, por ensejarem a oportunidade de uma autocorreção pela administração dos seus próprios atos, sem impor ao particular os ônus de uma ação judicial; mas o que é fundamental é que a entrada pela via administrativa há de ser uma opção livre do administrado e não uma imposição da lei ou de qualquer ato administrativo¹⁴.

Contudo, por não se tratar de limitação ao acesso à justiça, o prévio requerimento administrativo em matéria previdenciária funciona como fator para verificação da lesão ou ameaça a direito a que alude o próprio texto constitucional, totalmente distinto do prévio esgotamento da via administrativa, que exige a ultrapassagem por todas as instâncias administrativas antes de invocar-se o Poder Judiciário, é rechaçado pela Constituição Federal vigente.

Enquanto o primeiro diz respeito à necessidade de se postular, *a priori*, o benefício na esfera administrativa com pré-requisito para análise do pedido pelo Poder Judiciário, o segundo trata da dispensa do exaurimento dessa via administrativa, ou seja, não necessita o segurado de ultrapassar todos os recursos cabíveis administrativamente para se socorrer às vias judiciais. Sobre o tema, cabem ainda os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

13 Ibidem, p. 23.

14 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 198.

Inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar ao Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexistência de exaurimento das vias administrativas para obter o provimento judicial, uma vez que excluiu a permissão que a Emenda Constitucional nº 7 à Constituição anterior estabeleceu, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário¹⁵.

Como dito, o prévio esgotamento das vias administrativas efetivamente constitui obstáculo ao livre acesso ao Poder Judiciário, o que não ocorre, todavia, com apenas a exigência de invocar-se a Administração, para que reste configurado existir uma pretensão resistida ou uma ameaça a seu direito.

Vale ressaltar que as exceções ao amplo acesso ao Judiciário apenas seriam possíveis caso introduzidas pelo próprio constituinte originário¹⁶, como ocorre no habeas data, na justiça desportiva, nos dissídios coletivos, por exemplo. A exigência do prévio requerimento administrativo, todavia, não impede o acesso ao judiciário, nem retira o direito de demandar, mas apenas constitui uma prova da existência de uma lide deduzida perante o Poder Judiciário, ou seja, a resistência a uma pretensão, seja pela negativa do direito, seja pela omissão por tempo demasiado em fornecer uma resposta aos segurados.

A concessão de benefícios previdenciários se caracteriza por um ato administrativo complexo e vinculado. Cumpridos os requisitos para a concessão do benefício, a autarquia previdenciária deve concedê-lo. Entretanto, negado o benefício, caso o segurado entenda ocorrido erro da Administração, por entender preenchidos os pressupostos para a sua concessão, poderá, mesmo antes de esgotada a via administrativa, iniciar o devido processo legal perante o Poder Judiciário para que lhe sejam garantidos os pretensos direitos previstos na legislação previdenciária.

Dessa forma, o prévio requerimento administrativo afigura-se como condição indispensável para o ajuizamento de uma ação, uma vez que constitui nada mais que a demonstração da existência da prestação resistida, ou seja, da própria lesão ou ameaça de direito a que se refere o texto constitucional, o que não se confunde com o exaurimento das vias administrativas rechaçado pelos constitucionalistas. Sentido diverso ensejaria a criação de litígios onde ainda não há lide.

15 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 241.

16 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 699.

2.3 Princípio da repartição dos poderes (art. 2º, da CF)

Consolidada por Montesquieu, em contraposição aos ideais absolutistas europeus, a teoria da tripartição ou separação de poderes estabelece, em suma, a coexistência autônoma, harmônica e independente que detém, entre si, os três Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), delimitando a cada um deles funções típicas, inerentes à sua natureza. Traduzida em princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, a separação de poderes tem sido reconhecida pela doutrina como a garantia das garantias constitucionais¹⁷.

Seguindo essa linha, a República Federativa do Brasil é composta pelos seus três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si, cada qual com suas atribuições típicas específicas, na forma do art. 2º da Constituição Federal vigente.

Por sua vez, a Carta Magna ainda trouxe em seu texto a tripartição de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e confere a essa tripartição proteção em nível de cláusula pétrea fundamental, consoante art. 60, § 4º, III:

Art. 60. *omissis*

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III- a separação dos Poderes.

Para avaliar-se a importância desse princípio, Gilmar Mendes destaca as próprias palavras de Montesquieu, um de seus formuladores e, certamente, grande responsável pela sua expansão no constitucionalismo:

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.¹⁸

Contudo, referido princípio perdeu ao longo dos anos a rigidez inicial de sua exegese necessária pelas próprias circunstâncias históricas quando da sua criação, para nos dias atuais ser compreendido com temperamentos e ajustes, adequando-se à nova realidade social, propiciada pela necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada pelo Poder Executivo – como as medidas provisórias – bem como pela legislação judicial, fruto especialmente das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade¹⁹.

17 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 130.

18 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat Apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177.

19 MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 178.

Trata-se, como é certo e ressabido, conforme as mais tradicionais lições de Direito Constitucional, do cumprimento pelos respectivos poderes da República de atividades típicas, bem como de atividades atípicas, em determinados casos relacionadas com os demais poderes.

Tal flexibilização, todavia, apresenta limites, a fim de que não haja uma situação onde atribuições inerentes ao Poder Executivo acabem sendo absorvidas pelo Poder Judiciário, o que afrontaria invariavelmente o referido princípio, mesmo em sua acepção mais moderna.

Pergunta-se então: o direito a essa prestação material, especialmente no que concerne aos direitos da seguridade social, poderia ser oposta ao Estado diretamente perante o Poder Judiciário de forma independente de sua anterior exigência na esfera administrativa, ou seja, sem que haja uma pretensão resistida pelo Poder Executivo?

Tal questionamento acerca da exigência do prévio requerimento administrativo se encontra diretamente relacionado ao princípio da Repartição de Poderes acima referido.

O texto constitucional confere o caráter de direitos fundamentais aos direitos sociais, e, como tais, expressamente lhe foi garantida a aplicabilidade imediata inerente a essa categoria de direitos (art. 5, §1º, CF/88), impondo aos Poderes do Estado a obrigação de efetivá-los.

No entendimento do jurista Ricardo Barreto de Andrade²⁰, os direitos sociais que compõem o espectro da seguridade social, como o direito à saúde, à assistência social e à previdência social, possuem proteção constitucional apta a gerar, além de uma proteção coletiva da comunidade, demandas individuais e específicas dos cidadãos.

Diante disso, nada obstará a dedução de pretensões subjetivas dos direitos sociais perante o Estado, ainda mais quando também efetivada a atuação do legislador positivo na regulamentação desses direitos, como no caso da previdência social.

Diferente, contudo, é o caso do prévio requerimento administrativo, que será analisado no presente estudo, quando imediatamente após o ajuizamento de uma determinada ação o Poder Judiciário realiza o juízo de valor acerca da legitimidade da pretensão de gozo de benefício previdenciário, sem que anteriormente tenha sido invocado o Poder Executivo a cumprir a sua função, mediante o competente requerimento administrativo, substituindo as atividades de um Poder pelo outro.

20 ANDRADE, Ricardo Barreto. *Direito da Seguridade Social*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/839/mod_folder/content/25/1_-_Textos-base/Texto-base_Unidade_1_-_Direito-Previdenciario.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 13 jan. 2013. p. 12.

2.4 Princípio da efetividade [art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal]

Em que pese toda a exposição doutrinária acerca da importância da inserção da efetividade do processo – ou, em outros termos, o direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável – como uma norma processual constitucional de um determinado sistema, a Constituição Federal brasileira, em sua redação original, não a elencou expressamente como direito fundamental dos cidadãos.

Renomados doutrinadores entendem, todavia, que a garantia da efetividade do processo estaria no texto constitucional de forma implícita, como um corolário do próprio direito ao devido processo legal, inserto no art. 5º, inciso LIV, da atual Carta Magna, com fins a garantia o acesso à justiça.

O professor MARINONI leciona nesse sentido, *ipsis litteris*:

O direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva²¹.

De igual modo Teori Albino ZAVASCKY leciona:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial e atuar eficazmente no plano dos fatos²².

Decerto, não se poderia negar a natureza de garantia fundamental do cidadão à efetividade processual, apenas por não constar do texto constitucional. A efetividade do processo é garantia fundamental do cidadão em decorrência da aplicação das regras de interpretação e integração das normas constitucionais ao próprio direito ao acesso à justiça.

Contudo, certo é que atualmente, além de estar explicitamente no patamar das garantias fundamentais do cidadão na Carta Magna desde a edição da Emenda Constitucional 45/04, seu preceito se refere tanto à *esfera administrativa quanto a judicial e possui aplicação imediata, por expressa disposição do § 1º do art. 5º da Carta Magna*.

Note-se que na ausência de outros meios que garantam a celeridade, como se deve dar plena e imediata aplicabilidade à normal constitucional, apesar de não corresponder a um novo paradigma, há de se lançar um

21 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

22 ZAVASCKY, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 64.

olhar mais apurado sobre os instrumentos já existentes, para que passem a se prestar também a esse fim constitucional.

Assim, a despeito de serem criados instrumentos processuais específicos para assegurar a celeridade – e, assim, o fim maior da efetividade – por interpretação direta do texto constitucional, há de se proceder a uma *releitura das garantias constitucionais e processuais* – inclusive, dos *princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional, do direito de ação e do princípio da repartição de poderes* – para reconhecer nelas *legítimos mecanismos a serem utilizados para adequar-se o atual contexto histórico garantidor da efetividade como direito constitucionalmente tutelado*.

Tal princípio ganha relevância na matéria previdenciária a partir do momento em que a grande demanda previdenciária ameaça constantemente a efetividade dos provimentos jurisdicionais. Ademais, como será visto mais adiante, a demanda administrativa anterior à judiciária, a partir de quando a Administração toma conhecimento da pretensão do particular, é eficiente para atingir a pacificação social e na concreção dos direitos subjetivos dos particulares.

Por outro lado, como regra, sua inexigibilidade resultaria na inevitável ampliação indiscriminada de demandas, elemento metajurídico, mas que constitui grave ameaça ao princípio da efetividade hoje tão consagrado e almejado pelos três Poderes da República Federativa do Brasil.

CAPÍTULO 3 - REGRAS X PRINCÍPIOS E OS ELEMENTOS METAJURÍDICOS

3.1 A ponderação de interesse pela teoria principiológica de dworkin para a compatibilização dos preceitos constitucionais

O Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes anteriores passou a dar maior ênfase à aplicação imediata e à eficácia dos comandos constitucionais, prevista no próprio §1º do art. 5º da própria Constituição Federal, por entender apresentarem os direitos e garantias fundamentais função central no Constitucionalismo atual.

Assim, para a Corte Suprema, tanto os Princípios Gerais do Direito, como a Analogia, podem ser utilizados para integrar a lacuna no direito (omissão legislativa quanto à concretização do direito previsto no art. 203, inciso V, da Carta Magna) numa situação concreta e, portanto, possibilitar o pleno exercício dos direitos e liberdades ainda que na ausência de norma regulamentadora própria. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal sedimentou, por exemplo, que a conduta omissiva do Poder Legislativo é suficiente a ensejar a apreciação do Judiciário de forma a garantir a integridade dos direitos ainda que minimamente já reconhecidos pela Constituição. Também passou a realizar a compatibilização entre os diversos princípios constitucionais, num processo hermenêutico em busca da integridade do direito.

A questão suscitada pela Suprema Corte pode ser compreendida a partir da noção de integridade do direito, como bem explanado por Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti²³, especialmente mediante a capacidade e a sensibilidade do intérprete de, no processo hermenêutico de densificação e concretização normativa, diante de uma situação concreta de aplicação, impor normas que se mostrem adequadas a reger essa situação de modo a dar pleno curso ao Direito em sua integridade, a reforçar a crença na efetividade da comunidade de princípios.

Como lembrado por Guilherme Scotti, em sua obra, Dworkin desenvolveu uma distinção entre regras e princípios para demonstrar a insuficiência da visão positivista do direito como um sistema autossuficiente de regras, que deixava escapar a problemática da questão central do ordenamento jurídico: sua estrutura principiológica. O sistema principiológico de Dworkin parte do pressuposto de que as regras, mesmo que especifiquem com maior detalhe as suas hipóteses de aplicação, não são capazes de esgotá-las, razão pela qual podem ter sua aplicação afastada diante de princípios²⁴. Os princípios jurídicos, embora muito gerais e abstratos, exigem do intérprete densificação, com especial atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados do Direito²⁵.

Essa leitura principiológica de Dworkin não estaria abstraída do elemento sociológico, político e histórico, tal como no positivismo de Kelsen. Por essa teoria, os princípios passam a ter uma feição social e histórica e estão diretamente relacionados ao vínculo intersubjetivo dos cidadãos e de sua postura diante das normas: um sentido vivencial dos princípios vigentes em determinada comunidade, tanto na assimilação prática, nas suas lutas e reivindicações por posições interpretativas e em seu aprendizado histórico, quanto na reafirmação institucional do seu sentido pelos órgãos oficiais.

Em outros termos, para Dworkin a interpretação da Constituição deve levar em conta não só elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também a história do seu tempo e, dessa forma, a existência dos princípios positivados propicia a contemporaneidade da Constituição diante do dinamismo social.

Assim, diante da tese do argumento de Dworkin da única resposta correta, quando o julgador se depara com um *hard case*²⁶, caberia ao juiz descobrir quais são os direitos aplicáveis, de forma não metódica ou mecanizada. Uma verdadeira postura a ser adotada pelo aplicador diante da situação concreta e

23 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização de direitos. In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira; Felipe Daniel Amorim Machado. (Org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

24 SCOTTI, Guilherme. *Teorias Jurídicas positivistas*. Disponível em: <http://moodle.cead.umb.br/agu/pluginfile.php/615/mod_folder/content/31/1_-_Textos-base/Texto_base_2.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 13 jan. 2014.

25 SCOTTI, op. cit.

26 DWORKIN, Apud SCOTTI, op. cit.

com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua integridade, e não numa garantia metodológica, o que significa que discordâncias razoáveis sobre qual a resposta correta para cada caso exigida pelo Direito podem ocorrer entre os juízes, advogados ou cidadãos²⁷.

A Teoria de Dworkin, portanto, não exige um consenso, mas uma postura hermenêutica diante do caso, levando em conta que juristas e juízes razoáveis irão muitas vezes divergir sobre os direitos, de forma que não há garantia de que todos eles darão a mesma resposta a essas questões.

Isto posto, contudo, verifica-se que no caso em análise, o Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência até então, no ânimo de buscar a integração do direito, utilizando-se da teoria principiológica, atua de forma desarrazoada ao usurpar a competência administrativa e, assim, desatende ao princípio da efetividade e ao modelo de separação de poderes que não poderiam ceder diante dos outros princípios constitucionais considerados sistemicamente, no caso, o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Na verdade, como será exposto ao longo do presente trabalho, ao contrário da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, o prévio requerimento administrativo, como regra, não atinge o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

3.2 Os elementos metajurídicos na interpretação do direito e a exigência do prévio requerimento administrativo

As teorias positivistas do século XX buscavam estabilizar expectativas sem recorrer a tradições éticas como suporte para a legitimidade das normas jurídicas. Kelsen e Hart buscaram conceber o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras, cuja compreensão seria independente da política e da moral²⁸. A legitimidade das normas referia-se, portanto, unicamente à norma fundamental hipotética, aceita como um fato histórico, e não à racionalidade de seu conteúdo. Portanto, não se poderia admitir como fundamento da Constituição qualquer dado ou elemento sociológico, político ou filosófico.

Na transformação radical do direito à imagem da lógica formal, Kelsen levou ao ápice da abstração a separação e contraposição de norma e realidade, ser e dever-ser.²⁹

Por sua vez, a teoria estruturante do direito idealizada por Friedrich Müller representa uma alternativa à concepção positivista da norma jurídica, procurando levar em consideração os elementos que efetivamente contribuem para a formulação da decisão. Situada no contexto pós-positivista, a teoria estruturante de Müller considera a norma não apenas um dever-ser, mas um

27 DWORKIN; SCOTTI, op. cit.

28 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997. p. 250.

29 MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.

fenômeno composto de linguagem e fatos, colocando o ser e o dever-ser como elementos complementares, cujas relações os limitam entre si, e não como elementos reciprocamente excludentes³⁰.

Para o referido idealizador da proposta, Kelsen exclui do seu conceito de “norma” tudo o que é metajurídico, toda normatividade material passível de realização no caso concreto. A teoria é, assim, de uma “autossuficiência extremamente formalista”³¹.

Afirma Müller que é preciso estabelecer uma metodologia científica para a integração e aplicação do direito a partir de elementos materiais metajurídicos, metódica essa que seja capaz de materializar a justiça no caso concreto.

Müller sustenta, assim, a necessidade de criação de um conceito de norma jurídica que adentre a sua estrutura, levando em conta os elementos que efetivamente influenciam na formulação da decisão.

Ressaltada, portanto, a importância dos elementos metajurídicos, ganha relevância a realidade fática, histórica e social em que se encontra atualmente a atividade administrativa previdenciária que corrobora a necessidade de prévio requerimento administrativo como requisito para demonstração da lesão ou ameaça a direito como condição própria da ação.

Com efeito, como salientado no Caderno de Memoriais apresentado pela Procuradoria Federal Especializada do INSS ao Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Repercussão Geral pelo Plenário no RE 631240, várias são as vantagens em se adotar a necessidade de prévio requerimento administrativo antes de se recorrer ao Judiciário, dentre as quais destacamos:

- 1) inexistência de prejuízo financeiro para o interessado (muito ao contrário do que ocorre quando alguém recorre a um advogado e ajuíza uma ação);
- 2) celeridade em todo o procedimento (nos benefícios de salário-maternidade, aposentadoria por tempo de contribuição e por idade a concessão poderá ocorrer em até 30 minutos);
- 3) a existência de servidores da Autarquia treinados e especializados na matéria.

Não existe nenhum elemento favorável à concessão do benefício por meio judicial sem que haja a provocação prévia da Autarquia. Ao contrário, a via judiciária acarretará inúmeros ônus, tais como: pagamento de honorários advocatícios por ambas as partes, custas processuais, juros, tempo de esperar

30 CONTE, Christiany Pegorari. A aplicabilidade da teoria estruturante no direito contemporâneo face à crise do positivismo clássico. In: *ANAIIS DO XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*. Brasília, nov. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/brasilia/03_197.pdf> Acesso em: 13 jan. 2014.

31 MÜLLER, op. cit., p. 26.

maior, o que vai de encontro à ideia de efetividade, celeridade e eficiência que atualmente permeia as atividades jurisdicionais.

É válido reconhecer que a jurisprudência em sentido contrário até pouco tempo existente, ou seja, pela dispensa do prévio requerimento administrativo, sofreu influência do deficiente atendimento administrativo prestado aos segurados em passado recente.

Ocorre que esse elemento histórico, essa realidade fática, não se faz mais presente. O INSS nos últimos anos investiu para melhorar a qualidade do atendimento aos segurados e beneficiários, com investimentos maciços na modernização de seu parque de informática; contratação de novos servidores administrativos e médicos peritos, que substituíram os terceirizados; modernização das Agências da Previdência Social – APS; canais remotos de atendimento para extinção das filas, dentre outros.

O atendimento ágil e facilitado de grande parte dos segurados garantiu a redução do atendimento presencial, liberando as unidades de atendimento para analisar e agilizar a concessão de benefícios. Em face da organização e redução do atendimento presencial, o INSS obteve pleno êxito no combate eficaz às filas no horário de abertura das unidades.

No campo normativo, também houve avanços importantíssimos, entre os quais merece destaque a determinação normativa expressa³² para protocolização de todos os pedidos formulados no âmbito administrativo, ainda que apresentados sem a documentação completa.

Ademais, a ausência de prévio requerimento ao INSS é, sem dúvida, um dos maiores impeditivos para a formalização de um maior número de solução consensual de litígios, pois quando o processo é direcionado antes ao Judiciário o acordo fica inviabilizado pela ausência de instrução processual mínima a respeito do pedido, bem como por ausência da manifestação e análise pericial do INSS, o que igualmente desatende ao escopo máximo da pacificação dos conflitos.

Em consulta aos sistemas da Previdência Social foi possível à Procuradoria Federal Especializada do INSS constatar ainda que pelo menos 35 % (trinta e cinco por cento) das decisões judiciais cumpridas pelo INSS em 2008 são provenientes de processos em que não ocorreram prévio requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Assim, percebe-se que ainda existe um número expressivo de processos ajuizados sem que o INSS tenha sido provocado a analisar previamente o pedido de concessão do benefício previdenciário, aumentando o número de demandas judiciais, já que muitos segurados, instruídos por seus advogados, procuram diretamente o Poder Judiciário, ainda que não haja qualquer lesão ou ameaça a direito como o exige o art. 5º, XXXV, da Carta Magna.

Tal prática subverte a ordem natural da atuação da Administração Previdenciária como primeiro Órgão a manifestar-se sobre a existência de

32 Art. 176 do Decreto 3048/99, na redação do Decreto 3668/00.

direito do segurado a um determinado benefício e enseja um incremento de demanda judicial e o pagamento de juros e honorários advocatícios, frise-se, desnecessariamente e de forma totalmente desconexa com a realidade fática, histórica e social em que se encontra atualmente a atividade administrativa previdenciária.

CAPÍTULO 4 - CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA EXIGÊNCIA DE PREVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO

4.1 A exigência de prévio requerimento administrativo como condição da ação: elemento necessário à caracterização da lesão ou ameaça a direito para o controle jurisdicional – ausência de ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da CF

Primeiramente, não se ignora o entendimento jurisprudencial recorrente da Suprema Corte no sentido exatamente contrário ao proposto no presente trabalho. São diversos os precedentes no sentido de que não se exige o prévio requerimento administrativo como condição para o ajuizamento da ação ordinária contra o Instituto do Seguro Social – INSS para pleitear a concessão de benefício previdenciário, muito embora o próprio Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado, em algumas oportunidades, no sentido de que não são inconstitucionais as limitações que são impostas aos jurisdicionados pelas condições de ação e pressupostos processuais, por não ser absoluta a garantia constitucional, motivo pelo qual deveriam ser observadas as normas processuais ordinárias.

Segundo entendimento daquela Corte, o argumento seria de que não haveria previsão na Lei Fundamental de esgotamento da fase administrativa como condição de acesso ao Poder Judiciário:

Discute-se no presente recurso extraordinário a constitucionalidade da exigência de prévia interposição de requerimento administrativo como condição para o ajuizamento de ação ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para pleitear a concessão de benefício previdenciário. 2. A Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Osasco/SP afirmou que “a parte autora, antes de vir a juízo, não realizou o pedido de concessão do benefício na esfera administrativa. Digo isto, na medida em que há necessidade da demandante, antes de procurar o Juizado Especial Federal, obter na esfera administrativa a negativa para o seu pleito ou mesmo ausência de resposta da Autarquia Previdenciária, ausência esta, que entendo caracterizada após o prazo de 60 (sessenta) dias da data do protocolo” (fls. 77/78). 3. A recorrente alega violação do disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição do Brasil. 4. Este Tribunal decidiu que “não há previsão, na Lei Fundamental, de esgotamento da fase administrativa como condição para o acesso, ao Poder Judiciário, por

aquele que pleiteia o reconhecimento de direito previdenciário. Ao contrário da Carta pretérita, a atual não agasalha cláusula em branco, a viabilizar a edição de norma ordinária com disposição em tal sentido. A própria Constituição Federal contempla as limitações ao imediato acesso ao Judiciário, quando, no tocante ao dissídio coletivo, a cargo da Justiça do Trabalho, estabelece ser indispensável o término da fase de negociação e, relativamente a conflito sobre competição ou disciplina, preceitua que o interessado deve antes provocar a Justiça Desportiva - artigos 114, § 2º, e 217, § 1º, ambos do Diploma Maior” (AI n. 525.766, Relator o Ministro Março Aurélio, DJ de 1º. 3.07). Dou provimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC, para determinar que o Juizado Especial Federal de Osasco/SP aprecie o direito do recorrente à percepção do benefício previdenciário³³.

Em recente decisão, todavia, foi admitida a repercussão geral sobre o tema no RE 631240, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, o que passou a constituir uma oportunidade de nova discussão do tema e quiçá alteração do entendimento até então firmado quanto à matéria, o que se afigura plenamente plausível.

Como visto, nas lições de LIEBMAN, a ação identifica-se como “o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional”³⁴. É o direito abstrato que as partes têm de exercitar a atividade jurisdicional, mediante o processo, para fazer valer o direito material objetivo. É, portanto, um direito que se volta contra o Estado e, por isso mesmo, de natureza pública.

Contudo, esse direito subjetivo que detém o particular contra o Estado não se vincula ao direito material. Ainda que ao final do processo reste vencido, aquele que movimentou a máquina judicial não deixa de ter exercido o direito de ação e de ter obtido a prestação jurisdicional. Ou seja, o direito de ação não depende da existência ou não do direito que se pretende obter nem do resultado do processo.

Assim, mesmo com a extinção do processo por carência de qualquer das condições da ação, terá havido o exercício da função jurisdicional, embora sem a apreciação do próprio mérito, ou seja, da parte material do pedido autor. A prolatação de sentença de mérito extintiva não nega o direito de ação, nem muito menos a entrega da atividade jurisdicional, que é prestada aos jurisdicionados independentemente do resultado do processo.

Dessa forma, a ausência da apreciação do mérito da causa na hipótese de carência de ação, não fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mesmo diante da clara intenção da assembleia constituinte de romper com as amarras do sistema constitucional anterior vigente no Brasil (art. 153, §4º,

33 RE 548767 SP, Rel. Min. EROS GRAU, j. em 03/06/2008. DJe-111 19/06/2008.

34 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Ritampa Della 2. ed. v. I, n° 3, 1968. p. 38.

da CF/69, na redação dada pela ED n. 07, de 13.04.1977³⁵), para não mais se admitir o prévio esgotamento das vias administrativas como condição ao acesso à atividade jurisdicional.

Não mais se está em perigo o acesso irrestrito ao judiciário, interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal à Carta Magna em função do momento vivido pelo Brasil pré-constituição de 1988, em que o regime da ditadura tolheu diversos direitos subjetivos. À medida que a democracia se fortaleceu no Brasil, igualmente se firmaram suas instituições, como a repartição e independências dos poderes e o amplo acesso ao judiciário.

Ademais, como se observa na redação do texto constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), o próprio constituinte originário já previu que a lei não poderia afastar a jurisdição quando houvesse lesão ou ameaça a direito. Contudo, ao deixar a parte de levar seu pedido à administração, evidentemente, não se toma conhecimento de sua pretensão e, portanto, não há a emissão de qualquer juízo de valor, inexistindo, por isso mesmo, pretensão resistida.

Ante o exposto, *não há negativa de prestação jurisdicional na exigência do prévio requerimento administrativo na medida em que o que se exige é apenas a demonstração do interesse processual, mediante lesão ou ameaça a direito, a fim de evitar a movimentação da máquina judiciária de forma desnecessária.* A pretensão resistida não se verifica, em regra, enquanto não houver a prévia provocação da Administração Pública quanto ao seu direito, por ausência de interesse de agir, entendido em seu binômio necessidade-adequação.

Posteriormente à recente admissão da repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1310042/PR, enveredou também pelos argumentos teórico-conceituais, ao tratar expressamente do prévio requerimento administrativo nas demandas previdenciárias e o interesse de agir:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO. PROCESSO CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR (ARTS. 3º E 267, VI, DO CPC). PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE, EM REGRA.

1. Trata-se, na origem, de ação, cujo objetivo é a concessão de benefício previdenciário, na qual o segurado postulou sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação.
2. *A presente controvérsia soluciona-se na via infraconstitucional, pois não se trata de análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Precedentes do STF.*
3. *O interesse de agir ou processual configura-se com a existência do binômio necessidade-utilidade da pretensão submetida ao Juiz. A necessidade da prestação*

35 "Art. 153, §4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido".

jurisdicional exige a demonstração de resistência por parte do devedor da obrigação, já que o Poder Judiciário é via destinada à resolução de conflitos.

4. *Em regra, não se materializa a resistência do INSS à pretensão de concessão de benefício previdenciário não requerido previamente na esfera administrativa.*

5. *O interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de a) recusa de recebimento do requerimento ou b) negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposta.*

6. *A aplicação dos critérios acima deve observar a prescindibilidade do exaurimento da via administrativa para ingresso com ação previdenciária, conforme Súmulas 89/STJ e 213/ex-TFR.*

7. Recurso Especial não provido³⁶. (grifos acrescentados)

Isso é possível na medida em que se acomoda o conceito de ação para atender ao princípio da inafastabilidade da jurisdição ao mesmo tempo em que acolhe a problemática atual da efetividade, economicidade e celeridade do judiciário, mediante a verificação das condições da ação, sem negar-se o direito da parte de requerer judicialmente a sua pretensão.

Nesse sentido de que a verificação das condições da ação (aí incluído o interesse de agir) não caracteriza ofensa ao próprio direito de ação, e ao direito à prestação jurisdicional, convém transcrever doutrina de MARINONI³⁷, citada no referido acórdão, que assim estabelece:

Entretanto, tal apreciação, segundo o art. 267, VI, do CPC, requer a presença de determinados requisitos, chamados de condições da ação, exigência que não viola a garantia constitucional de ação nem é com ela incompatível.

A falta de um desses requisitos obstaculiza a apreciação da afirmação de lesão ou ameaça, mas não exclui o direito de pedir essa apreciação. A sentença que reconhece a ausência de uma das condições da ação apenas impede que ação continue a se desenvolver, mas não nega que a ação foi exercida.

Sobre o tema, ainda elucida DINAMARCO:

Razões de ordem ética ou econômica legitimam certas limitações impostas pela lei ao direito ao provimento de mérito. Quando se diz que todos têm direito ao pronunciamento dos juízes sobre suas pretensões, esse todos não significa que qualquer pessoa o tenha, em qualquer circunstância (Liebman). A tendência à universalização da tutela jurisdicional é refreada pela legítima conveniência de impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei. Daí os requisitos

36 REsp 1310042/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012.

37 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 219.

do interesse de agir, [...]; da legitimatio ad causam, [...]; e da possibilidade jurídica da demanda [...]. Presente todas essas condições da ação, diz-se que o sujeito tem direito de ação – e conseqüentemente só o terão aqueles que se encontrarem amparados por elas. Carece de ação quem não esteja amparado por esses requisitos, ainda que apenas um deles lhe falte³⁸.

Ademais, como já salientado, os conceitos utilizados pelo processo são impregnados pelos contextos históricos em que são pensados e é natural que com o desenvolvimento da ciência processual e com a construção histórica surjam diferentes teorias a respeito da natureza jurídica da ação, tal como ocorrido até então e demonstrado em tópicos anteriores. Dessa forma, o conceito de ação está sempre em modificação, acompanhando a ideologia política vigente em seu tempo.

Contudo, a teoria do processo acopla concepções diversas, unidas por uma coerência narrativa, embora sem uma forma lógica. Assim, surgindo um elemento radicalmente novo em relação aos existentes no direito anterior, a história demonstrou que o conceito de ação tende a se modificar para abarcar a nova realidade, por meio de adaptações em respeito a certos limites dogmáticos.

Portanto, ao adentrar em *questões teórico-conceituais e de ordem pragmáticas*, na verdade, o *Superior Tribunal de Justiça efetuou a contextualização das questões históricas atuais a justificar uma ruptura, ainda que limitada, com o antigo conceito de ação, que ainda se encontrava intimamente relacionado ao princípio da inafastabilidade da jurisdição nos Tribunais pátrios*.

A tendência é cada vez mais o distanciamento da teoria abstrativista e uma *aproximação cada vez maior da teoria eclética adotada pelo CPC*, vislumbrada por recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, de forma a dar continuidade ao conceito de ação, adequando-o ao novo contexto histórico contemporâneo sem grandes rupturas.

*Seguindo-se tal entendimento, além de continuar-se vinculado ao senso teórico trazido por Liebman e a sua teoria eclética da ação, mantém-se o estudo do processo atualizado com os movimentos instrumentais que buscam emprestar mais efetividade à justiça, no movimento já denominado de constitucionalização do processo*³⁹.

Por outro lado, a exigência do prévio requerimento administrativo não institui a jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, porquanto não se exige para que reste configurada a necessidade do provimento de mérito o esgotamento das instâncias administrativas. Basta o mero requerimento, com o decurso de prazo razoável para a análise do pedido sem qualquer resposta por parte da Administração, para que, a partir

38 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo: Malheiros, 2009.

39 A constitucionalização do processo significa que o estudo dessa disciplina deve ter como ponto de partida e de chegada a Constituição Federal, que, em vários dispositivos, consagra princípios e estabelece garantias processuais". LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

de então, já surja a lide, o interesse-necessidade da entrega do provimento material aos jurisdicionados.

É pertinente ao presente caso o entendimento desse interesse-necessidade, que Fredie Didier Jr. assim define⁴⁰:

O exame da “necessidade da jurisdição” fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito. Esse pensamento só é correto, entretanto, para as situações em que se pretende exercer, pelo processo, direitos a uma prestação (obrigacionais, reais e personalíssimos), pois há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação.

Ante o exposto, cuida-se de questionamento plenamente solúvel no patamar infraconstitucional. Como esposado pelo Min. Herman Benjamin do Superior Tribunal de Justiça no já citado acórdão do RESP 1310042, nas ações judiciais que envolvem a concessão de benefício previdenciário, o “cumprimento espontâneo da prestação”, na expressão utilizada pelo citado doutrinador, por parte da autarquia previdenciária impõe a submissão de um pedido administrativo pelo segurado, já que não há possibilidade jurídica de concessão de ofício de prestação previdenciária⁴¹.

Em outros termos, é imprescindível que a autarquia seja instada a se manifestar para que tome conhecimento da pretensão e possa cumpri-la, para, assim, passar a existir uma pretensão resistida apta a caracterizar um conflito. Se não há conflito, não há lide nem há interesse de agir, e tal análise não prejudica o próprio direito de ação e o acesso ao Poder Judiciário.

Ainda que não afeto às questões previdenciárias, a título exemplificativo, vale a reprodução de entendimento jurisprudencial recente também do Superior Tribunal de Justiça que abarca igual desenvolvimento lógico-racional:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. DPVAT. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. REQUISITO ESSENCIAL PARA PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL PARA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR. INÉRCIA DO AUTOR QUANTO A ESTE PEDIDO. REVERSÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. MATÉRIA ATINENTE À COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. *O requerimento administrativo prévio constitui requisito essencial para o ingresso da demanda judicial.*

40 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 12. ed. p. 212.

41 REsp 1310042/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012.

2. Rever o entendimento firmado pelo acórdão recorrido, no sentido da não formulação do requerimento administrativo, demanda a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.
3. O tema constitucional em discussão (inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário) refoge à alçada de controle desta Corte Superior de Justiça.
4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 936.574/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 8/8/2011, grifei).

Seguindo ainda o entendimento ora esposado, por exemplo, em sede de Habeas Data, o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional dispositivo de Lei (art. 8º, da Lei 9507/97) que exige como condição da ação a recusa de informações pela autoridade, sob pena de, inexistindo pretensão resistida, a parte ser julgada carecedora da ação, por falta de interesse processual⁴².

O exemplo acima trata de uma limitação ao acesso ao Judiciário amplamente aceita em função de estar amparada pelo próprio constituinte originário, e igualmente certo é que a *necessidade de existir um conflito, lesão ou ameaça a direito também constitui limitação instituída pelo constituinte originário ao acesso irrestrito ao Judiciário, o que se depreende do próprio texto do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal*.

Ora, o texto constitucional é claro ao afirmar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário “lesão ou ameaça a direito” e não qualquer pretensão. Dessa forma, *mutatis mutandis*, o constituinte originário autorizou a lei a estipular limitação ao acesso ao Judiciário nos casos em que não existe uma pretensão resistida, ou seja, essa lesão ou ameaça a um direito do segurado.

E, além da já demonstrada evolução prática e legislativa no atendimento aos segurados nas agências do INSS, com a interiorização, ampliação e eficiência dos serviços, certo é que *a concessão dos benefícios previdenciários, pela sua própria natureza pessoal e individualizada, não admite, em regra, a possibilidade de existência de uma lesão ou ameaça a direito antes mesmo do conhecimento de sua pretensão pela Administração*.

Os próprios dados numéricos apresentados pela Procuradoria Federal Especializada do INSS ao Superior Tribunal de Justiça em Memoriais e que se encontram no Relatório Final de Gestão – setembro de 2008 a janeiro de 2011 (<http://www.agu.gov.br/pfeinss>”), demonstram que, em 2010, de todas a concessões de benefícios, apenas 8,51% foram por força de decisão judicial. Ou seja, em linhas gerais, de cada 10 concessões, 9 são feitas pelo INSS e 1 é feita pelo Poder Judiciário.

Portanto, os elementos fáticos acima citados demonstram que *o INSS não funciona negando peremptoriamente os benefícios dos segurados, o que tornariam inócuos prévios requerimentos administrativos e gerariam uma ameaça ao direito dos cidadãos*.

42 RHD 24-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, 28.11.1997 (informativo 94 do STF).

Ao contrário, tais dados exemplificam que as concessões judiciais são mínimas diante do total de processos submetidos a requerimentos administrativos.

Ademais, a exigência da prévia provocação administrativa também não se confunde com o exaurimento da própria via administrativa, pois se tratam de conceitos substancialmente diferentes. Enquanto o primeiro diz respeito à necessidade de se postular, *a priori*, o benefício na esfera administrativa com atribuição para analisar o pedido, propiciando-se, assim, o deferimento ou indeferimento do benefício vindicado, o segundo trata da dispensa do exaurimento dessa via administrativa, ou seja, não necessita o segurado de utilizar-se de todos os recursos cabíveis administrativamente para se socorrer às vias judiciais.

Nesse contexto, é possível compreender o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, que enveredou pelo caminho teórico-conceitual, abarcando a Teoria Eclética adotada pelo ordenamento jurídico em suas recentes decisões, bem como se utilizando de argumentos de ordem pragmática para se adequar ao atual contexto histórico vivido pelo país.

4.2 A atividade do poder judiciário em substituição ao poder executivo: caracterização de ofensa ao art. 2º da constituição federal

Sem que o segurado busque junto à autarquia previdenciária a prestação social que entenda como cabível para sua situação fática, mas sim diretamente ao Poder Judiciário, salta aos olhos a afronta ao art. 2º da CF/88, ainda que a sua contextualização atual já admita determinada flexibilização em seu conceito.

Neste rumo, abre-se a possibilidade de confusão entre a atividade executiva e a atividade jurisdicional, no momento em que se defere à parte autora um benefício previdenciário, sem que o prévio requerimento administrativo tenha sido realizado, materializando-se, assim, a falta de ato administrativo passível de análise e eventual correção pelo Poder Judiciário.

A questão posta em análise está relacionada ao fato de que, *no ânimo de buscar a integração do direito utilizando-se da teoria principiológica, não seria razoável ao Supremo Tribunal Federal usurpar a competência administrativa do Poder Executivo, ainda que após exercício hermenêutico diante de outros princípios constitucionais considerados sistemicamente, por ofensa ao modelo de separação de poderes.*

A teor do entendimento desta Corte Suprema, o Poder Judiciário é competente para a análise de atos praticados pelo Poder Executivo, mas não para, simplesmente, realizar a sua mera substituição em tal prática administrativa:

Separação dos poderes. Possibilidade de análise de ato do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. [...] Cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação. (AI 640.272-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-10-2009, Primeira Turma, DJ de 31-10-2007.).

Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. [...] A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. (RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJ de 1º-7-2005.). Embora o Judiciário não possa substituir-se à administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal.

(RMS 24.901, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 26-10-2004, Primeira Turma, DJ de 11-2-2005).⁴³

Ainda que inegável a já mencionada flexibilização quanto ao princípio da separação de poderes exatamente para atender-se aos ditames sociais e históricos da sociedade moderna, certo é que tal fato não autoriza a transferência integral do exercício de atividade tipicamente administrativa na concessão de benefícios previdenciários, de forma tal a tornar totalmente desnecessária a participação da Administração Pública.

A discussão adentra inevitavelmente nas lições de Habermas⁴⁴ e a relação complexa e funcional entre o Direito e a Política, ainda que por aqui superficialmente analisada. Um Direito codificado é pressuposto, instrumento do Poder Político e institucionaliza, fixa e legitima a própria organização política estatal. O direito codificado ainda fornece as regras claras e precisas, com o grau de consistência necessária a ser apreendida pelos seus destinatários. Dessa forma, é por meio do Direito que se garante a autonomia privada e pública dos cidadãos, e ao mesmo tempo gera a organização e a orientação do Poder Político.

O princípio da Separação de Poderes, nesse contexto, representa a garantia de que o Poder Judiciário se limitará à aplicação do Direito estabelecido pelos cidadãos, que especificam as diretrizes políticas a serem seguidas. Assim, referido princípio cumpre a sua função de manter o sistema democrático do Estado de Direito.

Por sua vez, o Poder Político contribui para a segurança jurídica, a certeza do Direito, na medida em que garante a observância do Direito e das decisões dos Tribunais pelo Estado e possibilita aos destinatários conhecer as consequências de seu próprio comportamento e dos outros integrantes de uma sociedade.

Dessa forma, a tese da desnecessidade do prévio requerimento administrativo pela Suprema Corte se monta com base em argumento de política, na medida em que afasta a lei e as condições da ação impostas para a propositura das demandas, a própria norma jurídica que foi construída politicamente, para

43 No mesmo sentido: AI 746.260-AgrR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 9-6-2009. Primeira Turma, DJE de 7-8-2009.

44 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

supostamente proteger a comunidade como um todo, com base no critério definido pela consciência do próprio julgador.

Caso reste vencedora a regra da desnecessidade do prévio requerimento administrativo, ainda que entenda estar o Poder Judiciário agindo *secundum legem* na aplicação da lei, a desconsideração da regra que exige presença de um litígio para o acesso ao Judiciário, com base em argumento de política sem qualquer amparo na realidade fática atual, acarreta a própria substituição do Poder Executivo pelo Poder Judiciário e suas consequências catastróficas: todo o trabalho jurisdicional será inviabilizado pelo imenso volume de novos processos que poderiam ser evitados, em ameaça à efetividade e qualidade da própria atuação judicial, assim como as grandes despesas públicas surgidas com o pagamento de custas e honorários desnecessariamente.

Os ensinamentos de Dworkin ainda contribuem para o entendimento da questão, na medida em que referido doutrinador propõe a utilização dos princípios e não somente as regras na integração do direito, uma vez que os princípios passaram a ser o centro das atenções no constitucionalismo moderno. Para procurar resolver *hard cases*, Dworkin idealizou a tese dos direitos, por meio da qual separa, inicialmente, as decisões baseadas em argumento de política e argumentos de princípio:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo [...]. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo⁴⁵.

Assim, na visão de Dworkin, ao juiz não cabe uma decisão política-judicial, posto que os argumentos de política seriam utilizados exclusivamente pelo Poder Legislativo, mas apenas o uso de argumento de princípio a um caso individual, atendo-se à lei construída politicamente.

Pela visão de Dworkin, a vedação de decisões políticas pelo Poder Judiciário atende ao princípio da separação de Poderes, visto que ao Judiciário caberia a finalidade de manter a integridade dos atos políticos de competência do Legislativo.

Dessa forma, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o Judiciário deveria se basear em argumento de princípios superiores a serem respeitados, ante a necessidade de integridade do ordenamento em si.

Ante o exposto, não restam dúvidas de que uma decisão final no RE 631240 no sentido da desnecessidade do prévio requerimento administrativo ampliaria um direito da coletividade (propositura de demandas perante o Poder Judiciário) ao declarar a desnecessidade de uma limitação a esse mesmo direito estabelecido tanto em lei ordinária quanto pelo próprio constituinte originário (comprovação da lesão ou ameaça a direito como fundamento para a necessidade-utilidade do acesso ao judiciário).

45 DWORIKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Contudo, tal entendimento teria por base a prevalência de princípios sobre a norma clara e expressa do legislador positivo com base em decisão política do próprio julgador, ao desconsiderar os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da separação de poderes e a existência das condições da ação como pressuposto para o desenvolvimento válido e regular do processo.

Tratar-se-ia, portanto, de uma decisão política e não meramente principiológica da Suprema Corte, impregnada de elementos sociais, políticos, econômicos e históricos considerados pelo julgador, que destoam claramente da conjuntura atual já relatada quanto aos requerimentos administrativos formulados pelos segurados perante as Agências do INSS e da própria decisão política expressa pelo constituinte. Dessa forma, fere-se a garantia do ordenamento jurídico, por meio dos seus princípios basilares da segurança jurídica e da Separação de Poderes.

Belos discursos saturados de apelos a princípios programáticos, mas que vão de encontro ao interesse de toda a comunidade que elege seus representantes para que decidam sobre a feitura das leis segundo as regras do processo democrático, de modo a não se submeterem ao arbítrio de qualquer um.

4.3 A inviabilidade da manutenção do sistema judiciário com a transferência da demanda administrativa para a esfera judicial: negativa ao princípio da eficiência [art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal]

A análise acerca da desnecessidade da regra do prévio requerimento para demandas previdenciárias também não se limita ao ponto de vista teórico-conceitual, mas argumentos de ordem pragmática também motivam a adoção do prévio requerimento como mecanismo de seletividade judicial.

É o que se extrai do trecho do voto do Ministro Relator HERMAN BENJAMIN prolatado em acórdão recente do Superior Tribunal de Justiça já mencionado⁴⁶:

No presente caso é incontroverso que o autor da ação não requereu administrativamente o benefício previdenciário e alega a negativa sistemática do INSS à concessão das prestações requeridas para justificar o ajuizamento direto da ação.

Essa assertiva é comum no meio jurídico. Por outro lado, não conformado por este “senso comum”, consultei alguns dados sobre esse contexto.

Conforme consta no site do INSS (<http://www.inss.gov.br> em Estatísticas), nos Boletins Estatísticos da Previdência Social de 2011, foram requeridos, no citado ano, 8.046.153 benefícios e indeferidos 3.250.290 pedidos. Isso significa, numa estimativa, um índice de indeferimento de benefícios, naquele ano, de 40,40%.

⁴⁶ REsp 1310042/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012.

Seguindo o referido índice, significa, em termos gerais, que, de cada 10 requerimentos, 6 são deferidos e 4 são indeferidos.

Nesse ponto convém mencionar importante consequência que a adoção da corrente da desnecessidade de prévia postulação administrativa acarreta ao Poder Judiciário. Levando-se em conta a proporção acima constatada, em tese a cada 10 processos apresentados no Poder Judiciário sem submissão anterior ao INSS, 6 poderiam ter sido concedidos administrativamente.

A questão que considero relevante nessa análise é que o Poder Judiciário está assumindo, ao afastar a obrigatoriedade de prévio requerimento administrativo, atividades de natureza administrativa, transformando-se, metaforicamente é claro, em agência do INSS.

Constatei, ainda, segundo levantamento realizado pela Procuradoria Federal Especializada no INSS (<http://www.agu.gov.br/pfeinss>, em “Relatório Final de Gestão – setembro de 2008 a janeiro de 2011”), que aquela instituição apura índice percentual da quantidade de concessões de benefícios realizadas pelo Poder Judiciário.

Segundo ali consta, em 2010, de todas as concessões de benefícios, 8,51% foram por força de decisão judicial. Ou seja, em linhas gerais, de cada 10 concessões, 9 são feitas pelo INSS e 1 é feita pelo Poder Judiciário.

Mantendo-se o entendimento da prescindibilidade do prévio requerimento administrativo para demandar judicialmente, esse percentual tende a aumentar, por óbvio.

A repercussão da tese jurisprudencial aqui contraposta atinge também a própria autarquia previdenciária. Observada a proporção de concessões administrativas acima, o INSS passa a ter que pagar benefícios previdenciários, que poderia deferir na via administrativa, acrescidos pelos custos de um processo judicial, como juros de mora e honorários advocatícios.

Outro aspecto a se destacar é que há a expressa previsão legal para recebimento de todos os pedidos de benefícios previdenciários, conforme o art. 176 do Decreto 3.048/1999:

Art. 176. A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício.

No âmbito interno da autarquia previdenciária, vigora a Instrução Normativa INSS/PRES 45/2010, que em seu art. 576 assim estabelece:

Art. 576. Conforme preceitua o art. 176 do RPS, a apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício, ainda que, de plano, se possa constatar que o segurado não faz jus ao benefício ou serviço que pretende requerer, sendo obrigatória a protocolização de todos os pedidos administrativos, cabendo, se for o caso, a emissão de carta de exigência ao requerente, na forma do art. 586.

Não há falar, portanto, na institucionalização da negativa de protocolização de requerimentos administrativos pelo INSS, não obstante situações específicas que eventualmente se constatem.

A regra geral aqui fixada é a de que o interesse processual do segurado se configura nas hipóteses de negativa do recebimento do requerimento ou de resistência na concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento, seja pela notória oposição da autarquia à tese jurídica esposada. Nesse último caso, seria inútil impor ao segurado a prévia protocolização de requerimento administrativo quando o próprio INSS adota posicionamento contrário ao embasamento jurídico do pleito.

Ante o exposto, não restam dúvidas de que se porventura adotada a tese da inexigibilidade do prévio requerimento administrativo serão geradas demandas judiciais aptas a inviabilizar o seu próprio funcionamento. A repercussão da tese atingiria também a própria autarquia previdenciária, que passaria a ter que pagar benefícios previdenciários que poderia deferir na via administrativa, acrescidos dos custos de um processo judicial, como juros de mora e honorários advocatícios.

Não se nega que, de fato, o direito à previdência social, como um direito fundamental de caráter social, possui aplicabilidade imediata e deve ser garantido pelo Estado com atuação positiva com vistas a sua concretização, inclusive, em demandas individuais.

Contudo, a inexigibilidade da prévia demanda perante o Poder Executivo, como regra, culminaria por relativizar a função típica do Poder Judiciário ao transferir o exercício da atividade administrativa, em clara ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, para transformar o Poder Judiciário em verdadeiro balcão de análise da própria administração, além de gerar o aumento desenfreado do número de ações judiciais em todo o País, elemento esse, ainda que metajurídico, também de grande relevância para o tema.

O que se verifica no momento atual pós-consolidação das instituições democráticas e republicanas é o abarrotamento do Judiciário, com a imensa quantidade de causas, e a necessidade de proferir decisões efetivas e céleres, que atingiu o seu ápice com a sua conformação de status constitucional em 2004 (art. 5, inciso LXXVIII, CF/88).

São cada vez mais recorrentes os ideais éticos e de economicidade, a impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei. De fato, processos interpostos pela parte sem legitimidade ou com pedido juridicamente impossível apenas movimentaria a custosa máquina judiciária, sem qualquer finalidade prática. De igual forma, a interposição de ação sem a presença do interesse de agir iria movimentar o judiciário e gerar custos à parte perdedora (custas, juros de mora, honorários, etc.) tudo desnecessariamente, o que igualmente não atende aos princípios éticos e da economicidade atualmente vigentes.

Ademais, vale ressaltar que não se está a pregar a desconsideração de outras realidades, exceções estas relacionadas aos casos em que a imposição de prévio ingresso administrativo represente uma negativa fática ao próprio direito de se pleitear o benefício judicialmente. Como exemplos, destacam-se os casos da paralisação dos serviços da Administração Pública, da ineficiência dos serviços prestados pelo INSS em função da distância excessiva entre a comunidade do segurado e a agência da Previdência Social, ou mesmo da ultrapassagem de prazo razoável para a análise Administrativa do pleito dos segurados, hipóteses em que não há como negar o interesse de agir perante o Poder Judiciário.

Não se trata, pois, de negação do Estado quanto ao seu dever da prestação material em si, nem de mitigação do também fundamental direito à inafastabilidade do controle jurisdicional, mas de condição prévia ao conhecimento do objeto, com a instauração de uma lide, lesão a direito da parte, com a demanda prestacional primeiramente perante o Poder Executivo, que em nada fere o seu posterior conhecimento por parte do Poder Judiciário.

Assim, atentando-se à integridade do direito, é possível afirmar que, ao exigir o prévio requerimento administrativo, não há ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, nem há a exigibilidade do esgotamento da via administrativa, mas o que ocorre é a compatibilização da exigência de prévio requerimento administrativo para configurar-se uma pretensão resistida, com a função típica do Poder Judiciário de resolver conflitos, para evitar-se adentrar em função administrativa, e assim garantir o Princípio da Separação de Poderes e da Eficiência.

5 CONCLUSÕES

O presente trabalho monográfico teve por objeto a análise da doutrina brasileira acerca da necessidade do prévio requerimento administrativo como condição ao desenvolvimento válido do processo, bem como da construção jurisprudencial observada nos Tribunais Superiores, com a finalidade de identificar a aparente colisão de normas constitucionalmente consagradas, à luz dos mecanismos de harmonização de princípios constitucionais trazidos pelos doutrinadores.

Por tal razão, foi necessária, primeiramente, uma análise acerca das condições da ação e sua evolução até alcançar a atual doutrina eclética, adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro e também das normas e princípios constitucionais, em especial, da inafastabilidade da jurisdição, da repartição de poderes e da efetividade do processo, e a ponderação de interesses para sua compatibilização, em um processo hermenêutico.

Após análise acerca dos arts. 2º e 5º, incisos XXXV e LIV, da Constituição Federal e da diferença entre a ameaça ou lesão a direito para análise da pretensão pelo Poder Judiciário exigida pelo constituinte originário e o esgotamento das instâncias administrativas como condição para o acesso Judiciário, ao final do presente trabalho, chegou-se à conclusão de que não há negativa de

prestação jurisdicional na exigência do prévio requerimento administrativo como condição da ação, na medida em que se exige apenas a demonstração do interesse processual, mediante lesão ou ameaça a direito, a fim de evitar a movimentação desnecessária da máquina judiciária e usurpação de competências do Executivo pelo Judiciário.

É comum os beneficiários ingressarem com pedido judicial antes mesmo de qualquer requerimento administrativo com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e são consideráveis as decisões de tribunais do país que têm dado respaldo à referida tese.

Consoante a legislação processual pátria, é dever do juiz a verificação prévia e *ex officio* da presença das referidas condições da ação, para evitar o uso improfícuo da máquina judicial. Dentre elas, há o interesse de agir, que enuncia ser necessário não apenas a utilidade da prestação jurisdicional, mas também a sua necessidade e adequação.

Mesmo com a extinção do processo por carência de qualquer das condições da ação, terá havido o exercício da função jurisdicional, embora sem a apreciação do próprio mérito, ou seja, da parte material do pedido autor, de forma que a existência das condições da ação não fere o princípio do amplo acesso à Justiça.

O texto constitucional, no tocante ao princípio na inafastabilidade da jurisdição, consagra o direito de ação como direito fundamental, sem condicionamentos. Contudo, a necessidade de existir um conflito, lesão ou ameaça a direito, ou seja, um interesse-necessidade de ação, também constitui limitação instituída pelo constituinte originário ao acesso irrestrito ao Judiciário, o que se depreende do próprio texto do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Quando o particular deixa de levar seu pedido à Administração, esta não toma conhecimento de sua pretensão, não havendo emissão de qualquer juízo de valor, nem pretensão resistida. Assim, diante da inexistência de prévio requerimento, não há lide e, conseqüentemente, não se afigura presente uma das condições para a propositura da ação judicial, qual seja, o interesse de agir.

Para Dworkin a interpretação da Constituição deve levar em conta não só elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também a história do seu tempo e, dessa forma, a existência dos princípios positivados propicia a contemporaneidade da Constituição diante do dinamismo social.

Isto posto, o Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência até então, no ânimo de buscar a integração do direito, utilizando-se da teoria principiológica, atua de forma desarrazoada e desatende ao princípio da efetividade e ao modelo de separação de poderes – por usurpação da competência administrativa – que não poderiam ceder diante dos outros princípios constitucionais considerados sistemicamente, especialmente, o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

De fato, o prévio requerimento administrativo não se confunde com o esgotamento das vias administrativas. Não se exige o esgotamento das instâncias administrativas. Basta o mero requerimento, com o decurso de prazo razoável,

para que, a partir de então, já surja a lide, o interesse-necessidade da entrega do provimento material aos jurisdicionados.

A tese da inexigibilidade de prévio requerimento termina por relativizar o Princípio de Separação de Poderes, basilar do Estado Democrático de Direito, ao transferir ao Poder Judiciário o exercício da atividade administrativa. E caminho oposto é o que se espera: à medida que a democracia se fortalece, a tendência é que igualmente se firmem suas instituições, como a repartição e independências dos poderes e o amplo acesso ao judiciário.

Ademais, a tendência de flexibilização do princípio da separação de poderes para atender-se aos ditames sociais e históricos da sociedade moderna também não autoriza a transferência integral do exercício de atividade tipicamente administrativa na concessão de benefícios previdenciários, de forma tal a tornar totalmente desnecessária a participação da Administração Pública nas lides previdenciárias.

Como consequência da usurpação de poder do Executivo pelo Judiciário, todo o trabalho jurisdicional seria inviabilizado pelo imenso volume de processos, em ameaça ao princípio da efetividade e à própria qualidade da atuação judicial, assim como as grandes despesas públicas surgidas com o pagamento de custas e honorários desnecessariamente.

Os elementos metajurídicos representam ainda uma importante fonte acerca dos avanços e das atuais condições do atendimento dos segurados da Previdência Social e o baixo número de concessões judiciais de benefícios a justificar como temerária e desarrazoada a desconsideração, como regra, da prévia análise pela Administração Pública das pretensões dos particulares em sede de concessão de benefícios previdenciários. Ademais, essa mesma fonte empírica demonstra que o INSS também não funciona negando peremptoriamente os benefícios dos segurados, o que tornariam inócuos prévios requerimentos administrativos e gerariam uma ameaça ao direito dos cidadãos.

Não se nega as exceções relacionadas aos casos em que a imposição de prévio ingresso administrativo represente uma negativa fática ao próprio direito de se pleitear o benefício judicialmente. Como exemplos, destacam-se os casos da paralisação dos serviços da Administração Pública, da ineficiência dos serviços prestados pelo INSS em função da distância excessiva entre a comunidade e a agência da Previdência Social, ou mesmo da ultrapassagem de prazo razoável para a análise Administrativa do pleito dos segurados, hipóteses em que não há como negar o interesse de agir perante o Poder Judiciário.

Por fim, consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça, a tendência jurisprudencial é exatamente no sentido da exigência do prévio requerimento administrativo, ante a evolução do sistema democrático brasileiro, com a continuidade e aproximação cada vez maior do conceito de ação, em sua concepção eclética, adequando-a ao novo contexto histórico contemporâneo sem grandes rupturas, em que não se está mais em risco o acesso amplo e irrestrito ao Poder Judiciário.

Uma decisão final do Supremo Tribunal Federal no RE 631240 no sentido da desnecessidade do prévio requerimento administrativo ampliaria um direito da coletividade (propositura de demandas perante o Poder Judiciário) ao declarar a desnecessidade de uma limitação a esse mesmo direito estabelecido tanto em lei ordinária quanto pelo próprio constituinte originário (comprovação da lesão ou ameaça a direito como fundamento para a necessidade-utilidade do acesso ao judiciário). Contudo, tal entendimento teria por base a prevalência de princípios sobre a norma clara e expressa do legislador positivo com base em decisão política do próprio julgador a desconsiderar o próprio texto constitucional, quanto aos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da separação de poderes e a existência das condições da ação como pressuposto para o desenvolvimento válido e regular do processo.

REFERÊNCIAS

I. LIVROS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização de direitos. In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira; Felipe Daniel Amorim Machado. (Org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

COUTURE, Eduardo J. apud Ivo Dantas. *Processo Constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civiles*. Ritampa Della 2. ed. v. I, n. 3, 1968.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. revista, atualizada. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Direito desportivo: função social dos desportos e independência da justiça desportiva. In: MACHADO, Rubens Approbato et al (coord.). *Curso de direito desportivo sistêmico*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat Apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WATANABE, Kazuo. Acesso a justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAVASCKY, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

II. ARTIGOS E PERIÓDICOS (PUBLICADOS EM REVISTA OU DISPONÍVEIS EM MEIO ELETRÔNICO)

ANDRADE, Ricardo Barreto. *Direito da Seguridade Social*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/839/mod_folder/content/25/1_-_Textos-base/Texto-base_Unidade_1_-_Direito_Previdenciario.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 13 jan. 2013.

CONTE, Christiany Pegorari. *A aplicabilidade da teoria estruturante no direito contemporâneo face à crise do positivismo clássico*. In: ANAIS DO XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Brasília, nov. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/03_197.pdf> Acesso em: 13 jan. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, out. 2002.

SCOTTI, Guilherme. *Teorias Jurídicas positivistas*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/615/mod_folder/content/31/1_-_Textos-base/Texto_base_2.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 13 jan. 2014.

III. SITES

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

<http://moodle.cead.unb.br/agu/>