
**PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO
NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS: UMA
ABORDAGEM SOCIAL, ECONÔMICA, POLÍTICA,
JURÍDICA E DOS ASPECTOS RELEVANTES DA
EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA**

*PREVIOUS ADMINISTRATIVE PETITION IN SUITS AGAINST THE
SOCIAL SECURITY SERVICE: SOCIAL, ECONOMIC, POLITICAL AND
LEGAL APPROACH AND RELEVANT ASPECTS OF THE NORTH
AMERICAN EXPERIENCE*

Bárbara Malta Araújo Gimenez

*Procuradora Federal lotada na PFE-INSS de Pouso Alegre – MG, pós-graduanda em
Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-Uniderp.*

Isabela Cristina Pedrosa Bittencourt

Procuradora Federal lotada na Procuradoria-Seccional Federal em Campinas - SP.

RESUMO: O presente trabalho propõe uma reflexão sobre a exigência do prévio requerimento administrativo como requisito para a propositura de demandas judiciais previdenciárias no Brasil.

Inúmeras ações têm sido propostas em face do Instituto Nacional do Seguro Social, principal cliente da Justiça Federal (em especial dos Juizados Especiais Federais) sem que este tenha a oportunidade de analisar a questão no âmbito administrativo.

Uma abordagem social e econômica demonstra que a provocação prévia do Instituto Nacional do Seguro Social favorece o segurado, na medida em que lhe poupa tempo e recursos materiais. Sob o ponto de vista jurídico, trata-se de condição da ação, indispensável para a configuração do conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, além de evitar afronta aos princípios da separação dos poderes e da eficiência administrativa.

Finalmente, em comparação com o sistema norte-americano, serão feitas considerações acerca dos fundamentos e teorias que sustentam a rígida exigência na comprovação não apenas da provocação administrativa, mas da exaustão dessa via como condição indispensável para o ingresso na via judicial nos Estados Unidos.

PALAVRAS-CHAVE: Prévio requerimento administrativo. Demanda Previdenciária. Necessidade. Finalidade.

ABSTRACT: The purpose of this work is to reflect upon the requirement of previous administrative petition as a requisite for bringing suits against the Social Security System in Brazil.

Numerous suits have been brought against the Instituto Nacional do Seguro Social (National Institute of Social Security), main client of the Federal Justice Department (especially of the Small Claims Courts) without offering the Institute the opportunity to analyze this issue in the administrative realm.

A social and economic approach demonstrates that previous provocation of the Instituto Nacional do Seguro Social favors the insured persons, to the extent that it saves them time and material resources. From the legal point of view, this is a condition of the suit, indispensable to characterize the conflict of interests, qualified by an opposed issue, avoiding also the affront to the principles of separation of powers and administrative efficiency.

Finally, in comparison to the North American system, considerations will be made regarding the fundamentals and the theories that sustain the rigid requirement of proving not only the administrative provocation, but the exhaustion of this channel as indispensable condition for entering the judicial realm in the United States.

KEYWORDS: Previous Administrative Petition. Suits Against Social Security. Need. Finality..

O Poder Judiciário só deverá ser provocado a dirimir conflitos na seara previdenciária após ter havido o indeferimento do benefício ou prestação na via administrativa, configurando-se a pretensão resistida.¹

A jurisprudência, entretanto, tem dispensado tal requisito, essencial para a configuração das condições da ação, como veremos adiante.

Primeiramente, abordaremos o tema sob o aspecto histórico, a fim de possibilitar sua correta compreensão e demonstrar a evolução jurisprudencial sobre o assunto.

A Lei 5.316, de 14 de setembro de 1967, integrou o seguro de acidentes do trabalho na Previdência Social, dispondo, por intermédio do art. 16, §2º, a necessidade de utilização da via recursal administrativa antes do ingresso em juízo:

Art. 16. Os juízes federais são competentes para julgar os dissídios decorrentes da aplicação desta Lei.

§1º Quando não houver juiz federal no foro do acidente nem no da residência do acidentado, será competente a justiça ordinária local.

§2º O disposto neste artigo não exclui a utilização da via recursal da previdência social.

A Constituição Federal de 1967, por sua vez, dispunha o seguinte: “Art. 153. [...] §4º A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

Devido aos questionamentos judiciais quanto à recepção do art. 16, §2º, da Lei nº 5.316/67 frente ao comando constitucional então vigente, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, reiteradamente², entendeu compatível à Constituição a exigência do esgotamento dos recursos administrativos antes do ingresso da pretensão no Poder Judiciário, dando ensejo à Súmula 552: “Com a regulamentação do art. 15, da Lei 5.316/67, pelo Decreto 71.037/72, tornou-se exequível a exigência da exaustão da via administrativa antes do início da ação de acidente do trabalho.”

Com o advento da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, o parágrafo 4º do art. 153 passou a ter a seguinte redação:

1 ROCHA, Daniel Machado da. *Direito Previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais*. (Coord). FREITAS, Wladimir Passos de. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 70.

2 RE 0078806 ANO: 74 UF: SP, RTJ VOL: 00073-01, PG: 00257; RE 0079650 ANO: 75 UF: SP, RE 0080699 ANO: 75 UF: SP

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 a garantia de estância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

Referida Emenda Constitucional condicionou o acesso da via judicial à apreciação prévia, em todas as instâncias administrativas, do pleito do administrado, constitucionalizando-se a figura do “administrativo forçado”.

No entanto, tal entendimento sucumbiu diante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reviu a Súmula nº 552 e, no mesmo sentido, o extinto Tribunal Federal de Recursos, que editou a Súmula nº 213, desautorizando a imposição do administrativo forçado nos pleitos previdenciários: “O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também rejeitou o esgotamento prévio da via administrativa, para fins de ingresso em juízo, por intermédio da Súmula nº 89: “A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça Estaduais, igualmente, editaram suas próprias súmulas, seguindo a mesma linha de pensamento.

Do teor das súmulas acima transcritas, verifica-se que não é possível exigir do autor o exaurimento da via administrativa, permanecendo, no entanto, a necessidade de demonstração do interesse processual de estar em juízo, uma condição da ação que deve estar presente no momento do ajuizamento da demanda, consoante o disposto nos artigos 3º, 267, inciso VI, 295, inciso III e 329, todos do Estatuto Processual Civil.

Ocorre que a errônea compreensão do teor das Súmulas gerou um desvirtuamento da matéria. Impera no âmbito dos Tribunais Federais e Estaduais a equiparação do termo “exaurimento” com “prévio requerimento administrativo” (interesse de agir), jurisdicionando-se o processo administrativo de concessão.³

O que se vê atualmente, portanto, é o Poder Judiciário substituindo a atividade administrativa de conferência de recolhimento de contribuições, cálculo do tempo de serviço, avaliação da capacidade laborativa, entre outros.

3 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*: temas integrais revisados e atualizados pelo autor com obediência às leis especiais e gerais. 4. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito. 2009. p. 644.

O descalabro gerado pela assunção, por parte do Poder Judiciário, da atividade administrativa nas ações previdenciárias ajuizadas sem prévio requerimento administrativo, é retratada pelo seguinte julgado do TRF da 3ª Região:

O Direito é realidade cultural e, portanto, não se esgota em seu sentido normativo, estando sujeito também a considerações de ordem axiológica e sociológica. O que justificou o entendimento, dominante, de que é dispensável a prévia postulação administrativa, como condição para a propositura de ação previdenciária, foi a notória precariedade do serviço previdenciário, em passado próximo, que impunha autêntico calvário aos segurados, quase sempre com resultado negativo. Melhoria dos serviços, nos últimos tempos, que afasta aquela premissa. Por outro lado, há que se reconhecer o caos que vem sendo gerado pela facilidade de acesso ao Poder Judiciário, o que tem resultado em abuso do direito de ação e no descaso das partes autoras ao invocar a tutela jurisdicional, não raro com processos mal instruídos e desordenados, prejudicando a segurança do magistrado para pronunciar seu julgamento. Circunstâncias que autorizam a não observância da jurisprudência que vem predominando. Apelação a que se nega provimento.⁴

A relevância desta matéria e a problemática gerada pelo entendimento jurisprudencial dominante pode ser avaliada sob quatro aspectos: social, econômico, político e jurídico.

Verifica-se, sob o aspecto social, que o prévio requerimento administrativo reduziria consideravelmente o número de demandas judiciais, pois apenas os segurados que tivessem seus benefícios indeferidos, ou que tivessem o acesso aos seus direitos perante o INSS obstados de alguma forma, recorreriam ao Poder Judiciário.

Nesse diapasão, confirma-se a doutrina de Hermes Arrais Alencar⁵:

A Lei de Benefícios fixa o prazo de 45⁶ dias para análise do benefício pleiteado pelo segurado, transcorrido esse prazo, três rumos são

4 TRF da 3ª Região: PROC: 1999.03.99.073903-4; AC 517065 ORIG: 32/99 SP – APTE: Amoracir Aparecido Pedegoni – APDO: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – Relator: Juiz Federal Conv. Rubens Calixto/Segundo Turma.

5 In: ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*: temas integrais revisados e atualizados pelo autor com obediência às leis especiais e gerais. 4. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito. 2009. p. 643.

6 Art. 41 – § 6º “O primeiro pagamento de renda mensal do benefício será efetuado até 45 (quarenta e cinco) dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão”. (Parágrafo renumerado pela Lei nº 8.444, de 20.7.92)

possíveis. O primeiro: defere-se o benefício, hipótese na qual não haverá precatório, e livre estará o segurado de desembolsar valores em prol de advogados para propositura de ação. As duas outras possibilidades são: não oferta a autarquia resposta dentro dos 45 dias, ou então nega o pedido. Nesse momento está presente o interesse processual, a pretensão foi “resistida” pela autarquia. A quem interessa, portanto, o ingresso prematuro da ação? A busca pelo benefício previdenciário em juízo é fato mais benéfico ao segurado? Interesse processual confunde-se com esgotamento da via administrativa? Não se pode olvidar que a grande gama dos casos que chegam ao conhecimento do Instituto são resolvidos em sede administrativa, obtendo o segurado o amparo que lhe é devido. O deslocamento de todos os segurados para as portas do Judiciário, ao invés de primeiro ir até ao órgão competente para resolução de seu problema, não pode ser endossado como o melhor proceder, pois a pretensão não foi resistida pela parte ex adversa.

Como bem exposto pelo ilustre autor, milhares de segurados estão deixando parte do dinheiro proveniente de seus direitos com advogados, a título de honorários advocatícios contratuais, quando poderiam recebê-los integralmente, de maneira mais célere, sem nenhum custo adicional.

Temos por certo que inexistente qualquer vantagem para as partes envolvidas numa ação previdenciária sem prévio requerimento administrativo, sendo que o abuso do direito de ação nestes casos privilegia apenas alguns advogados interessados em auferir ganho financeiro, com a chancela do entendimento jurisprudencial dominante.

E justamente visando evitar situações como esta e aperfeiçoar a qualidade das decisões administrativas do INSS para se evitar ações judiciais, o Ministério da Previdência Social e a Advocacia-Geral da União criaram o Programa de Redução de Demandas Judiciais do INSS, instituído pela Portaria Interministerial AGU/MPS nº 08/2008, que se encontra em plena execução de forma coordenada e estruturada.

O desenvolvimento do Programa compreende a identificação de conflitos jurídicos, em sede administrativa ou judicial, geradores de demandas judiciais, e sua solução através de alteração normativa ou procedimental; encaminhamento de recomendações pela Comissão Executiva do Programa para resolução administrativa das divergências; atuação conjunta e integrada da Procuradoria e dos servidores da Previdência Social em Agências do INSS para diagnóstico dos problemas locais e soluções possíveis; edição de súmulas pela Advocacia-Geral da União, entre outras.

Criou-se um indicador gerencial de resultados: Índice de Concessão e Reativação em Grau de Recurso Administrativo ou Ação Judicial – ICRJ. Evolução do ICJ – Índice de Concessões Judiciais, a metodologia do ICRJ foi desenvolvida para dar ao indicador maior grau de confiabilidade, com informações mais completas, incluindo, além das concessões, também as reativações judiciais e as concessões decorrentes de recurso administrativo.

De acordo com dados para o ano de 2010 estimados pela Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS⁷ sem considerar a repercussão das ações do Programa, a evolução do ICRJ no Brasil retrata o aumento considerável, ao longo dos anos, das concessões judiciais de benefícios previdenciários, sendo que no ano de 2004 estava na ordem de 2,66% e no ano de 2010, alcançou os 9,76%.

Importante ressaltar que um dos grandes entraves para a maior evolução dos resultados do Programa de Redução de Demandas tem sido justamente a prática de ingresso direto com pedido perante o Judiciário, sem que o Poder Executivo tenha a possibilidade de exercer, de forma eficiente, a sua missão institucional.

No tocante ao aspecto econômico deve-se ressaltar que o INSS e a Advocacia-Geral da União tem de despender elevados recursos materiais e pessoais para acompanhamento do processo judicial, em situações em que, de maneira mais eficiente – em alguns casos até com o reconhecimento imediato do direito, inclusive para trabalhadores rurais, nos termos da Lei Complementar 128/2008, poderiam ser de pronto resolvidas no âmbito da própria Administração. Aqui é importante fazer referir o princípio da eficiência, previsto no art. 37, da CF/88, na medida em que, levando em consideração o tempo e o custo de um processo judicial, se comparado ao processo previdenciário, verifica-se facilmente que o Estado está despendendo elevadas quantias de tempo e de dinheiro desnecessariamente.

Sob o ponto de vista político, importante mencionar o II Pacto Republicano de Estado, por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, assinado pelos representantes máximos das três esferas de poder da União, que prevê como um de seus compromissos, especificamente em relação à Previdência Social, “incrementar medidas tendentes a assegurar maior efetividade ao reconhecimento aos direitos do cidadão, em especial a concessão e revisão de benefícios previdenciários e assistenciais.”

A discussão sobre a matéria envolve tanto a questão processual, como o interesse de agir, quanto questões constitucionais relevantes,

7 Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, localizada no Edifício Sede do INSS – Direção Central: Setor Bancário Norte, Quadra 02, Bloco E, Lote 15, Sala 1001. Brasília-DF – CEP 70040-912.

atinentes ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88) e da própria repartição de Poderes da União (art. 2º, da CF/88), na medida em que o Poder Judiciário usurpa uma função que é tipicamente do Poder Executivo, sem que tenha havido qualquer “lesão ou ameaça a direito”.

Na seara dos Juizados Especiais Federais, há entendimentos conflitantes. A Turma Nacional de Uniformização - TNU dos Juizados Especiais Federais, na sessão de julgamento realizada no dia 24 de abril de 2009, reviu o entendimento até então vigente sobre a desnecessidade da existência de prévio requerimento administrativo para ajuizamento de ações contra o INSS buscando a concessão de benefícios previdenciários. O julgamento proferido nos autos do processo nº 2006.72.95.020532-9/SC⁸ revisou a posição até então vigente na TNU, formando precedente que vem sendo aplicado para exigir o requerimento administrativo por parte do segurado perante o INSS, ou a apresentação de contestação da Autarquia quanto ao mérito do litígio no decorrer da ação judicial, para configuração do interesse de agir.⁹

A decisão da TNU afirmou que o entendimento do STJ (Súmula nº 89) “não poderia prevalecer”, no que diz respeito à questão da necessidade de prévio requerimento administrativo. “Sendo a presente demanda inerente ao sistema processual diferenciado dos Juizados Especiais Federais, tal particularidade retira das causas em análise a necessária semelhança fático-jurídica em relação aos julgados da Corte Superior”.

O Superior Tribunal de Justiça, pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da 3ª Seção, admitiu um incidente de uniformização de jurisprudência que vai decidir se o prévio requerimento administrativo do benefício é necessário para a propositura da ação previdenciária. Ao admitir o incidente de uniformização, a ministra Maria Thereza

8 TNU: PROC: PEDILEF 2006.72.95.020532-9/SC – REQTE: Tito Carlos da Rosa – REQDO: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – Relatora: Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva.

9 No entanto, este entendimento não tem sido aplicado em todo o país. O Enunciado número 77 do 2º Forum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF) preceituava o seguinte: “O ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo.” O Enunciado número 40 da Súmula da Jurisprudência Dominante da Segunda Turma dos Juizados Especiais da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, hoje já superada, temperava, por sua vez, a referida exigência, dispensando-a em determinadas situações: “Não cabe a exigência de prévio requerimento administrativo nos feitos previdenciários e assistenciais quando houver recusa notória em pretensões da mesma espécie, quando a demanda for ajuizada perante Juizado Itinerante ou quando houver, por qualquer meio processual, resistência à pretensão deduzida pelo autor.” Atualmente, as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais de Minas Gerais têm dispensado a prévia provocação do INSS nas demandas previdenciárias, no sentido da jurisprudência mencionada do TRF 1ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, consolidando o entendimento no Enunciado Unificado de número 29 da Jurisprudência das Turmas Recursais mineiras: “É desnecessário o prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de demanda na qual se pleiteia a concessão de benefício previdenciário ou assistencial.”

reconheceu a divergência sobre o tema entre a decisão da Turma Nacional de Uniformização e julgados do STJ e Tribunal Regional Federal da 4ª Região.¹⁰

No Supremo Tribunal Federal está pendente de julgamento o Recurso Extraordinário nº 549.621/SP, de relatoria do i. Ministro Dias Tófolli, que trata especificamente do tema. A Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Osasco entendeu por bem negar provimento ao recurso interposto pela autora contra sentença que indeferiu a petição inicial da ação e extinguiu o processo sem resolução de mérito, tendo em vista a ausência de prévio requerimento administrativo. Irresignada, a autora interpôs recurso extraordinário, em que alega ofensa ao art. 5º, XXXV da Constituição, ao fundamento, em suma, de que o prévio requerimento não é condição específica da ação.

Assim, da postulação da necessidade do prévio requerimento, a jurisprudência rumou para sua flexibilização, e total dispensa, devendo tal tendência ser revertida a bem do próprio segurado e jurisdicionado, que poderá ver seu direito observado, muitas vezes, de forma ágil e sem os custos visíveis e invisíveis que a demanda judicial provoca, no caso de se valer primeiramente da via administrativa.

Observados os aspectos de ordem política, econômica e social que justificam a exigibilidade da provocação da via administrativa prévia à propositura de demandas judiciais contra o INSS, necessário se faz, também, perquirir os motivos jurídicos de tal requisito.

A comprovação do prévio requerimento administrativo se impõe pela necessidade de demonstração da existência de lide, isto é, de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, nos termos da conhecida doutrina de Enrico Tullio Liebman¹¹. A função jurisdicional tem por objetivo direto a aplicação da lei ao caso concreto, mas, indiretamente, visa assegurar a paz na sociedade¹². Ora, se não há litígio, a intervenção do Estado Juiz não se justifica.

Assim, se a autarquia previdenciária não é provocada a conceder a prestação ou serviço buscado, não se configura um conflito de interesses, não há pretensão resistida, e não haverá necessidade na

10 Revista Consultor Jurídico, 17 de agosto de 2011.

11 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

12 “A terceira é a *jurisdição*, que incumbe ao Poder Judiciário, e que vem a ser a missão pacificadora do Estado, exercida diante das situações litigiosas. Através dela, o Estado dá solução às *lides* ou *litígios*, que são os conflitos de interesse, caracterizados por pretensões resistidas, tendo como *objetivo imediato* a aplicação da lei ao caso concreto, e como missão *mediata* “restabelecer a paz entre os particulares e, com isso, manter a da sociedade”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1, Rio de Janeiro, Forense. 2006. p. 6.

tutela jurisdicional. Nesse ponto, deve-se esclarecer que resta ausente uma das condições da ação, a saber, o interesse de agir.

Na doutrina de Fredie Didier Júnior, o nosso diploma processual civil “adotou a concepção eclética sobre o direito de ação, segundo a qual o direito de ação é o direito ao julgamento de mérito da causa”¹³. Assim, para que haja provimento jurisdicional que contenha pronunciamento sobre o direito subjetivo invocado, devem-se verificar, no caso concreto, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de parte e o interesse de agir.

Este último corresponde ao binômio utilidade-necessidade, isto é, o processo deve ser o meio apto a conceder ao jurisdicionado o resultado a que visa, e a jurisdição deve ser o remédio necessário diante da lesão ou ameaça de lesão a direito, consoante o art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República:

Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial.¹⁴

Ora, a concessão de benefícios previdenciários não se enquadra nas hipóteses de ações constitutivas necessárias, pelo que a parte contrária, a saber, o INSS, deve ter se negado previamente a satisfazer o interesse do demandante. Além disso, se a autarquia não se recusa a conceder a prestação, não há lesão ou ameaça de lesão a direito a ser apreciada pelo Poder Judiciário, nos termos do citado dispositivo constitucional.

O que se percebe, todavia, é que os tribunais pátrios têm afastado a possibilidade de indeferimento liminar da exordial ou a posterior extinção do feito sem resolução de mérito por carência de ação sob o fundamento de que a tese ora sustentada, caso acolhida, culminaria em violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e ofenderia a garantia constitucional do direito de ação.

Nesse sentido, o seguinte aresto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

13 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. I. Salvador: JusPodivm. 2009. p. 179.

14 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 269.

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. SUSPEITA DE INCAPACIDADE. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. NULIDADE DO PROCESSO.

[...]

Consoante entendimento firmado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no que foi seguido por este Tribunal, é desnecessário o prévio requerimento administrativo para a propositura de ação que visa a percepção de benefício previdenciário. Precedentes.

O direito de ação é um direito público subjetivo constitucionalmente assegurado, e o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna) não pode ser condicionado à prévia postulação administrativa. Precedentes. [...] (AC 2004.01.00.051921-4/MA, Rel. Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros (conv.), Segunda Turma, DJ p. 148 de 22/05/2006).

O argumento segundo o qual a exigência do prévio requerimento administrativo ocasionaria afronta à garantia do direito de ação é facilmente afastado pelo já exposto, uma vez que não é razoável mesclar o direito de ação, que consiste no direito a um julgamento de mérito, com o direito de demandar, nos termos do voto da lavra do eminente Juiz Federal Alexandre Miguel, o qual foi citado nos memoriais apresentados pelo INSS no RE 549.621/SP:

Ocorre que não se pode confundir o direito de demandar com direito de ação. O primeiro realmente não pode encontrar qualquer limite. Qualquer pessoa, natural ou jurídica, tem o direito assegurado pela Constituição Federal de levar suas pretensões para o Poder Judiciário. Já o direito de ação é condicionado. É preciso interesse de agir. Esta última condição da ação, por sua vez, se desdobra nos requisitos da necessidade/utilidade de buscar o Poder Judiciário para satisfação da pretensão do autor e na adequação da via processual eleita para tal satisfação. Ou seja, é necessária a existência prévia de lide, entendida como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Deve-se ressaltar que, mesmo que o pronunciamento jurisdicional se resuma a declarar a carência de ação, e o processo seja extinto sem resolução de mérito, ainda assim houve a prestação de jurisdição, apesar de não ter ocorrido a tutela jurisdicional do resultado buscado pelo demandante.¹⁵ Logo, em tendo havido um ato de jurisdição, houve o exercício do direito de ação e da função jurisdicional, pelo que não há que se falar em ofensa ao princípio do amplo acesso à justiça.

Saliente-se, novamente, que não se está a defender a tese do exaurimento de toda a instância administrativa, mas sua mera provocação inicial.

Ocorrerá, todavia, violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição da República), como já indicado, no caso de o Judiciário se manifestar sobre o direito subjetivo do autor na seara previdenciária, adentrando o mérito da questão, sem que o INSS o faça primeiro. O Poder Judiciário, já assoberbado pelas inúmeras contendas legítimas diante das quais deve aplicar a lei ao caso concreto, substituindo a vontade das partes, irá, nesta hipótese, usurpar função que a Carta reserva ao Poder Executivo, invadindo o âmbito de atribuição de competência que cabe precipuamente às agências da Previdência Social, tendo-se em vista não haver lide. Assim, mais do que evitar o acionamento desnecessário e oneroso do aparato estatal, a exigência da prévia postulação administrativa consagra a democrática garantia da separação dos poderes, na medida em que cada órgão do Estado irá cumprir a função que lhe cabe constitucionalmente.

Nos Estados Unidos, a apreciação de uma “ação administrativa” pelo Poder Judiciário envolve determinados pressupostos, dentre eles, o conceito de “ripeness”, o qual em muito se assemelha à já explorada condição da ação consubstanciada no interesse de agir.

Por este instituto, pressupõe-se a existência de um caso ou controvérsia, consoante determina o Art. III, parágrafo 2º da Constituição Norte-americana:

A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e consules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; as controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; as

15 “Distingue-se, portanto, a prestação jurisdicional da tutela jurisdicional, visto que esta só será prestada a quem realmente detenha o direito subjetivo invocado, e aquela independe da efetiva existência de tal direito.” THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 61.

controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Observe-se que tais requisitos são constitucionalmente preceituados, o que lhes confere uma exigibilidade inquestionável perante o ordenamento jurídico, tendo-se em vista o princípio da supremacia da Constituição. Desse modo, a parte deve demonstrar, para ajuizar a demanda, uma controvérsia existente e seu impacto imediato em sua esfera jurídica.

A noção de controvérsia pressupõe, claramente, a de provocação da agência a fim de que se manifeste sobre a questão ou direito do requerente e a de negativa da pretensão deste.

Além disso, exige-se que a decisão tomada pela agência seja final (*finality*), isto é, a administração deve ter se manifestado de forma decisiva sobre a questão, alcançando uma conclusão.

Assim, não basta apenas provocar a administração, é necessária sua manifestação. Esta, por si só, também não é considerada suficiente para justificar a ação judicial se não se revestir do aspecto da finalidade, isto é, se a decisão administrativa não for conclusiva sobre a questão.

Neste ponto, podemos citar como exemplo o caso *Goldwater v. Carter* (1979)¹⁶, que envolvia o então Presidente Carter. A corte determinou que se manifestaria apenas no momento em que um impasse constitucional fosse alcançado. Considerou-se que o caso não estava pronto para o litígio, uma vez que a controvérsia poderia ser resolvida através do processo político normal, pelo que não se justificaria a apreciação do conflito pelo Judiciário. Percebe-se, portanto, que a demanda é tida por prematura quando não resta caracterizado o que se conhece no Brasil por interesse processual, tendo-se em vista o fato de que, se a questão pode ser resolvida fora do âmbito da corte, não há demonstração de necessidade na busca do provimento jurisdicional.

Em *Reno v. Catholic Social Services Inc.*, um grupo de imigrantes ilegais propôs uma demanda coletiva desafiando os regulamentos do Serviço de Imigração e Naturalização (*Immigration and Naturalization Service – INS*) que interpretavam o estatuto referente à anistia. A demanda foi considerada imatura para julgamento judicial, uma vez que

¹⁶ Ver *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996, 997, 100 S.Ct. 533, 534, 62 L.Ed.2d 428 (1979) (petition for certiorari) (Powell J., concurring).

os imigrantes não tinham requerido a referida anistia e, até que isso ocorresse, e que o INS negasse o pedido, não haveria efetiva oposição ao direito dos autores.

Além da demonstração da existência de controvérsia, do impacto direto em seu âmbito de interesses, bem como da “finalidade” da decisão administrativa, o autor deve, ainda, promover a exaustão de todos os “remédios” administrativos antes de buscar a revisão judicial do ato.

Um dos fundamentos deste requisito é o fato de que a exaustão da via administrativa concretiza o propósito da lei de conferir autoridade à agência. O desprezo ao procedimento administrativo através da declaração de sua desnecessidade como requisito para o ajuizamento de uma demanda poderia encorajar a sociedade a ignorar por completo o referido procedimento, esvaziando o conteúdo legislativo, por não promover sua eficácia, e por desprestigiar o princípio da separação dos poderes.

Além disso, a doutrina da exaustão consagra o princípio da autotutela inerente à Administração Pública, conferindo à agência oportunidade de realizar suas atribuições, exercitar sua discricionariedade onde for cabível e corrigir eventuais equívocos.

Não bastassem tais argumentos, tem-se que a experiência da administração irá contribuir, de alguma forma, no processo de tomada da decisão judicial. Nos Estados Unidos há uma grande especialização das agências no tocante às matérias que lhes são afetas. Esse conhecimento e prática serão de grande valia no processo judicial, facilitando a análise do direito, bem como a fixação dos pontos controvertidos em relação a eventual discordância quanto à matéria fática.

Finalmente, a exaustão da via administrativa promove economia judicial, pois evita desnecessária provocação do Judiciário no caso de as partes conseguirem chegar a um consenso extrajudicialmente.

Outro conceito que favorece o prévio requerimento administrativo nos Estados Unidos é o de jurisdição primária, o qual, assemelhando-se à doutrina da exaustão, estipula que as questões devem ser resolvidas de modo uniforme por um tomador de decisão, a saber, a agência.

Ora, se a administração detém a jurisdição primária em determinados assuntos que lhe são afetos, promove-se a isonomia, na medida em que as conclusões são tomadas de forma homogênea por um órgão, ao invés de espalhá-las por diversas cortes¹⁷.

17 “The Supreme Court originated and defined the concept of primary jurisdiction in *Texas & Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil Co.* the main issue in the case was the reasonableness of freight rates charged by rail companies and approved by the ICC. The railroad responded by stating that its rates to be reasonable, a federal court could not rule otherwise. The Act, the Court found, established the ICC, and granted it the power, though rate approvals, investigations, cease and desist orders, etc., to

Assim, a jurisdição primária diz respeito a questões em que o Judiciário e as agências tem “jurisdição” equivalente, porém, em alguns aspectos, a autoridade da agência é primária, de tal forma que, em determinadas ocasiões, não se abre espaço para o controle jurisdicional.

Diante do propósito do presente trabalho, porém, deve-se enfatizar o conceito de exaustão, que preceitua que a administração resolverá a controvérsia e, uma vez completada essa tarefa, a parte insatisfeita poderá recorrer ao Judiciário.

É inegável o fato de que a experiência americana impõe exigências árduas à propositura de uma ação, ainda que não seja para demandar o Estado, diante, por exemplo, do custo econômico que a demanda judicial lá representa. No Brasil, a concessão do benefício da Justiça gratuita permite uma enorme acessibilidade do jurisdicionado ao Poder Judiciário, tendo-se em vista a desnecessidade de dispêndio de recursos para figurar-se como autor em uma demanda.

A própria doutrina da exaustão institui um caminho longo antes de o segurado se valer da via judiciária e, tendo-se em vista a realidade brasileira, em que o julgamento dos recursos administrativos pode levar alguns meses (em determinados casos, até mesmo anos), não seria razoável ressuscitar tal requisito no País.

A tese da necessidade da prévia postulação administrativa, defendida atualmente pelo INSS perante o Supremo Tribunal Federal, não se confunde, definitivamente, com o exaurimento da instância administrativa. Exige-se tão-somente a provocação da autarquia previdenciária a fim de que tenha a oportunidade de analisar o pedido antes da judicialização do conflito.

Os argumentos que sustentam o prévio requerimento administrativo (como elemento indispensável à configuração do interesse de agir) são, entretanto, os mesmos delineados pela doutrina e jurisprudência norteamericanas para fundamentar a exaustão dos remédios administrativos, a saber, o respeito à missão institucional do órgão do Executivo demandado (e, conseqüentemente, a proteção ao princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea de nossa Carta), a observância dos princípios da eficiência e da autotutela, a praticidade na fixação dos pontos controvertidos após o ajuizamento da demanda, e a economia judicial.

Outro aspecto interessante é o conceito de *finality*, o qual, caso aplicado às lides previdenciárias no Brasil, promoveria o princípio da pacificação social. O cotidiano dos advogados públicos que lidam com a matéria previdenciária

maintain uniform rates.” *Lawsuits Against the Government*; Chapter 92, Threshold Limitations on Judicial Review, § 8227 - Primary Jurisdiction, page 585, *Texas & Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil Co.*, 204 U.S. 426, 27 S. Ct. 350 51 L.Ed. 553 (1907)

em primeiro grau de jurisdição revela que alguns magistrados, já convencidos do acerto da tese defendida pelo INSS, têm exigido a provocação da autarquia para o reconhecimento das condições da ação.

Ocorre, porém, que não poucos advogados, diante da suspensão do processo judicial pela determinação de postulação administrativa, orientam seus clientes a se dirigirem ao INSS sem portar as provas carreadas aos autos judiciais (alguns deles sequer apresentam seus documentos pessoais). Em outras palavras, tem havido a provocação meramente formal da autarquia, de modo a ocasionar o indeferimento da pretensão na esfera administrativa de modo proposital.

O objetivo que permeia este procedimento é a possibilidade que os patronos têm de auferir honorários advocatícios sucumbenciais e contratuais na esfera judicial com maior facilidade.

Não obstante tal conduta seja indubitavelmente temerária por concretizar a má-fé na provocação do Poder Judiciário, pela movimentação leviana de uma máquina já assoberbada de conflitos legítimos, a mera aplicação do conceito da finalidade da decisão administrativa resolveria tais questões, pois o autor teria o ônus de demonstrar que a decisão administrativa é final, isto é, que a administração resolveu a questão de modo conclusivo.

Assim, uma vez que o juiz verificasse que o benefício foi indeferido pelo fato de o segurado não ter cumprido providência que lhe cabia, como, por exemplo, apresentar, no mínimo, as mesmas provas carreadas aos autos judiciais, o feito seria extinto, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir.

Diante do exposto, nota-se a premente necessidade de o Poder Judiciário se manifestar decisivamente sobre a questão, reconhecendo o prévio requerimento administrativo na seara previdenciária como elemento configurador do interesse de agir, tendo-se em vista o fato de sua ausência configurar inexistência de lide e afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes.

A necessidade de exigir-se a provocação administrativa prévia se justifica, ainda, pelo fato de o ingresso direto na via judicial ocasionar desnecessário ônus ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo, uma vez que muitas das demandas seriam abortadas pela satisfação da pretensão autoral através da concessão administrativa do benefício ou prestação. Além disso, trata-se de conduta que promove a economia de tempo e dinheiro do segurado, bem como economia processual ao facilitar, nos casos em que não ocorrer a concessão pelo INSS, a delimitação dos pontos controvertidos de futura demanda.

Analisando o sistema norte-americano, percebemos que o rigor na exigência de comprovação do exaurimento da via administrativa

para a propositura de demandas previdenciárias realiza o princípio da separação dos poderes, consagra os postulados da autotutela e da eficiência e promove a economia judicial. Não obstante seja inegável o fato de que não é desejável a rigidez do esgotamento dos remédios administrativos observada nos Estados Unidos, tendo-se em vista as dificuldades encontradas na estrutura recursal administrativa brasileira, pode-se depreender que, caso a jurisprudência reconheça o acerto da tese ora defendida, aplicando-se o conceito de *finality* às demandas previdenciárias, todos esses valores serão concretizados, coibindo-se o abuso do direito de ação e promovendo-se a pacificação social.

REFERENCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários: temas integrais* revisados e atualizados pelo autor com obediência às leis especiais e gerais. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 4. ed. 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. I. Salvador: JusPodivm, 2009.

F. FUNK, William et al. *Administrative Procedure and Practice*. Fourth, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

Revista Consultor Jurídico, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-17/stj-uniformizar-jurisprudencia-requisito-acao-previdenciaria>>. Acesso em: 17 de agosto de 2011.

ROCHA, Daniel Machado da. *Direito Previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais*. (Coord). FREITAS, Wladimir Passos de. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

