



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Iorio Siqueira D'Alessandri Forti

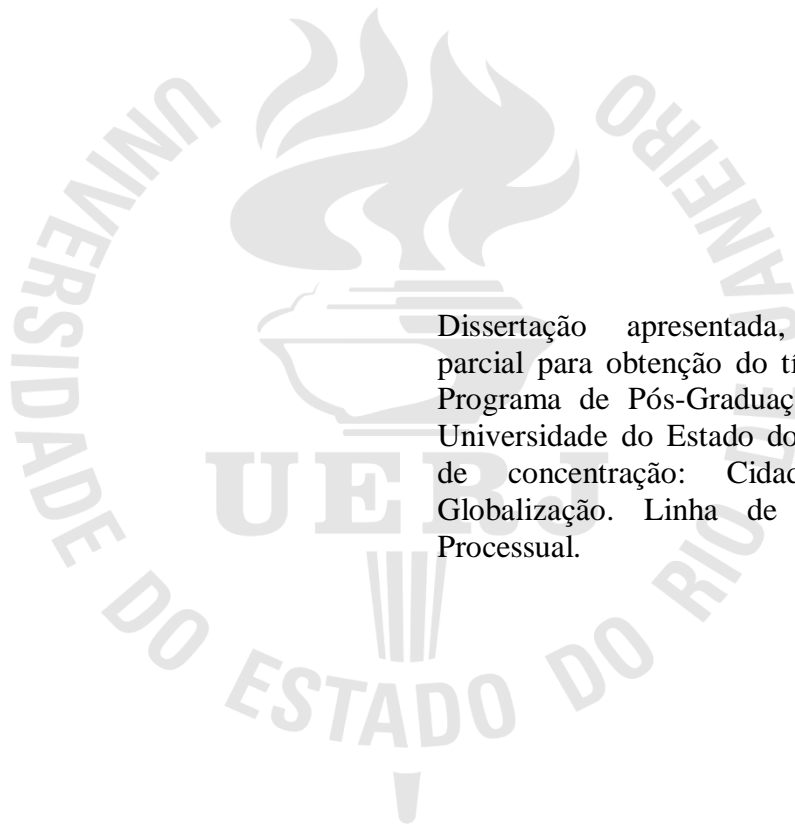
**Acesso desnecessário ao Poder Judiciário como óbice ao acesso à Justiça:
a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da Administração
Pública para caracterização do interesse processual de agir na visão dos
tribunais superiores**

Rio de Janeiro

2011

Iorio Siqueira D'Alessandri Forti

**Acesso desnecessário ao Poder Judiciário como óbice ao acesso à Justiça:
a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da Administração Pública para
caracterização do interesse processual de agir na visão dos tribunais superiores**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F741 Forti, Iorio Siqueira D'Alessandri.

Acesso desnecessário ao Poder Judiciário como óbice ao acesso à justiça : a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da Administração Pública para caracterização do interesse processual de agir na visão dos tribunais superiores / Iorio Siqueira D'Alessandri Forti. – 2011. 166 f.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito processual- Teses. 2. Poder judiciário - Teses. 3. Administração pública- Teses. 4. Processos- Teses. I. Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/.95

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Iorio Siqueira D'Alessandri Forti

**Acesso desnecessário ao Poder Judiciário como óbice ao acesso à Justiça:
a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da Administração Pública para
caracterização do interesse processual de agir na visão dos tribunais superiores**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Aprovada em 25 de agosto de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Leonardo Greco
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dr.^a Marcia Cristina Xavier de Souza
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2011

RESUMO

FORTI, I. S. D'A. *Acesso desnecessário ao Poder Judiciário como óbice ao acesso à Justiça*: a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da Administração Pública para caracterização do interesse processual de agir na visão dos tribunais superiores. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

A Administração Pública brasileira vive uma significativa crise de eficiência, enquanto a reforma gradual da legislação facilitou o acesso ao Poder Judiciário. No lugar de pleitear direitos perante o Poder Executivo e, na eventual hipótese de indeferimento, buscar a correção pontual de abusos ou ilegalidades na via judicial, cada vez mais pessoas têm procurado de imediato a tutela jurisdicional, como se o juiz pudesse ou devesse substituir o papel do administrador. Isto sobrecarrega os tribunais, desvirtua o seu papel e contribui para que eles passem a padecer dos mesmos problemas que a Administração. À luz da garantia de inafastabilidade da apreciação das lesões a direito pelo Judiciário, a jurisprudência já condicionou o interesse de agir ao exaurimento da via administrativa, já dispensou totalmente o prévio requerimento administrativo, e, em movimento pendular, recentemente iniciou esforço para, entre os dois extremos, delinear as hipóteses em que a existência de interesse processual de agir depende de um ato de indeferimento administrativo que caracterize a resistência do réu à pretensão do autor – para que, sem criar óbices intransponíveis à concretização dos direitos, o acesso desmedido aos juízes não se converta em novo obstáculo ao acesso à Justiça efetiva.

Palavras-chave: Direito Processual. Direito Previdenciário. Prévio requerimento administrativo. Interesse processual de agir.

RIASSUNTO

FORTI, I. S. D'A. *Accesso superfluo al Potere Giudiziario come un ostacolo all'accesso alla Giustizia: l'(im)prescindibilità della previa richiesta alla Pubblica Amministrazione per la caratterizzazione del interesse processuale ad agire secondo la visione delle Corti Superiori.* 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

La Amministrazione Pubblica brasiliana vive una significativa crisi di efficienza, mentre la riforma graduale della legislazione ha facilitato l'accesso al Potere Giudiziario. In luogo di richiedere diritti dinanzi al Potere Esecutivo e, in caso di rigetto, cercare la precisa correzione degli abusi o delle illegalità in sfera giudiziaria, più e più persone cercano di immediato la tutela giurisdizionale, come se il giudice potrebbe o dovrebbe sostituire il ruolo del amministratore. Questo sovraccarica i tribunali, distorce la sua funzione e contribuisce perché il Giudiziario abbia gli stessi problemi che l'Amministrazione. Alla luce della garanzia costituzionale di accesso al Giudiziario, la giurisprudenza ha già condizionato il interesse processuale ad agire all'esaurimento della via amministrativa, ha totalmente dispensato il previo richiedimento amministrativo, e, in movimento pendolare, ha recentemente iniziato sforzo per, tra i due estremi, delineare le ipotesi in cui l'esistenza di interesse processuale ad agire dipende da un atto che caratterizzi la resistenza alla pretensione dell'autore – perché, senza creare ostacoli inaspriti alla concretizzazione dei diritti, l'accesso eccessivo ai giudizi non si converta in nuovo ostacolo all'accesso alla Giustizia effettiva.

Parole chiave: Diritto Processuale. Diritto Previdenziale. Previa richiesta amministrativa. Interesse processuale ad agire.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 ACESSO À JUSTIÇA.....	12
1.1 Função do Poder Judiciário e inafastabilidade do controle jurisdicional.....	12
1.2 Os óbices ao acesso à Justiça enumerados por CAPPELLETTI e GARTH.....	21
1.3 Acesso à Justiça e acesso ao Direito.....	23
1.4 A superação de obstáculos ao acesso ao Poder Judiciário.....	27
1.5 O custo da máquina judiciária constitui limite à sua expansão.....	30
2 DEMANDISMO E SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO.....	35
2.1 Demandismo.....	35
2.2 Alguns fatores que contribuem para o demandismo.....	40
2.2.1 <u>Concessão indiscriminada de gratuidade de justiça</u>	40
2.2.2 <u>Incentivo à litigiosidade pelos meios de comunicação</u>	43
2.2.3 <u>Advogados que não filtram as demandas infundadas</u>	45
2.2.4 <u>Resistência da jurisprudência a sancionar a litigância de má-fé</u>	48
2.2.5 <u>Resistência da jurisprudência às ações coletivas</u>	49
2.3 Conseqüências da sobrecarga do Poder Judiciário.....	53
2.3.1 <u>Estatísticas do Conselho Nacional de Justiça</u>	53
2.3.2 <u>Lentidão</u>	54
2.3.3 <u>Diminuição da qualidade do serviço</u>	56
2.3.4 <u>Sujeição involuntária a meios alternativos de solução dos conflitos</u>	57
2.3.5 <u>Outras conseqüências econômicas e sociais</u>	61
2.4 Necessidade de racionalizar o acesso ao Judiciário.....	62
3 FILTROS DE ADMISSIBILIDADE E VIABILIDADE DA DEMANDA.....	65
3.1 O direito de não ser citado em demanda infundada.....	65
3.2 Filtros de admissibilidade e viabilidade da demanda.....	66
3.3 As condições da ação como filtro processual.....	68
3.4 Interesse de agir como condição para o regular exercício do direito de ação.....	71
4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO.....	77
4.1 A crise da Administração Pública brasileira.....	77
4.2 Reflexos da crise da Administração Pública na atuação de seus procuradores.....	79

4.3	Prestações que dependem de requerimento à Administração Pública.....	80
4.4	Vantagens do processo administrativo.....	84
4.5	Ônus de cooperação do administrado com a Administração Pública para tornar viável a resposta ao requerimento administrativo.....	85
4.6	Distinção entre “prévio requerimento” e “exaurimento das instâncias administrativas”.....	87
5	PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO, EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E OSCILAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	89
5.1	A jurisprudência anterior à Emenda Constitucional nº 01/1969: compatibilidade da garantia do controle jurisdicional com a exigência de exaurimento da instância administrativa.....	89
5.1.1	<u>O art. 223 do Decreto-Lei nº 1.713/1939.....</u>	89
5.1.2	<u>O Decreto-Lei nº 3.855/1941.....</u>	92
5.2	A jurisprudência posterior às Emendas Constitucionais nº 01/1969 e 07/1977.....	93
5.2.1	<u>O art. 111 da Emenda Constitucional nº 01/1969.....</u>	93
5.2.2	<u>O art. 15 da Lei nº 5.316/1967 e a Súmula 552/STF.....</u>	93
5.2.3	<u>Os arts. 153, § 4º e 203 da Constituição de 1967, conforme a Emenda Constitucional nº 07/1977.....</u>	98
5.3	Da superação da exigência do exaurimento da via administrativa à repentina dispensa do prévio requerimento administrativo.....	101
5.4	A necessidade de prévio requerimento e a jurisprudência posterior à Constituição da República de 1988.....	102
5.4.1	<u>O Supremo Tribunal Federal.....</u>	103
5.4.2	<u>O Superior Tribunal de Justiça.....</u>	108
5.4.3	<u>A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.....</u>	113
6	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À EXIGÊNCIA DO PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.....	122
6.1	Argumentos contrários à exigência do prévio requerimento administrativo.....	122
6.1.1	<u>A exigência de prévia postulação administrativa obstaría o acesso imediato ao Poder Judiciário, em violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição da República.....</u>	122
6.1.2	<u>A Administração Pública do Brasil seria ausente e ineficiente.....</u>	123
6.1.3	<u>O prévio requerimento indeferido não seria a única forma de justificar a utilidade/necessidade de intervenção jurisdicional.....</u>	125

6.2	Argumentos favoráveis à exigência do prévio requerimento administrativo.....	125
6.2.1	<u>A ausência de provocação prévia da Administração Pública descaracterizaria o interesse processual de agir.....</u>	124
6.2.2	<u>O juiz não poderia substituir o administrador.....</u>	127
6.2.3	<u>A supressão da fase administrativa favoreceria os fraudadores, prejudicaria aqueles que eventualmente tenham um bom direito, e implicaria cerceamento de defesa.....</u>	128
6.3	Os argumentos expostos pelo INSS no Recurso Extraordinário 631.240.....	130
6.4	As possíveis conseqüências da ausência de prévio requerimento administrativo	132
7	NOVAS PERSPECTIVAS PARA A QUESTÃO DO PRÉVIO REQUERIMENTO.....	137
7.1	Reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário 631.240.....	137
7.2	As novas luzes decorrentes do debate diário da questão nos Juizados Especiais.	140
7.3	Critérios para definir a (im)prescindibilidade de requerimento administrativo.	147
7.3.1	<u>Exaurimento da via administrativa.....</u>	149
7.3.2	<u>Atos ilegais e certeza de que o requerimento será rejeitado.....</u>	151
7.3.3	<u>Apresentação de contestação pela Administração Pública.....</u>	151
7.3.4	<u>Ausência dos órgãos da Administração Pública.....</u>	153
7.3.5	<u>Ineficiência dos órgãos da Administração Pública.....</u>	154
7.3.6	<u>Urgência do administrado.....</u>	155
7.3.7	<u>Processos em curso, iniciada a fase de instrução.....</u>	156
	CONCLUSÃO.....	156
	REFERÊNCIAS.....	160

INTRODUÇÃO¹

O *princípio do acesso à Justiça* – inerente ao Estado Democrático de Direito – impõe à lei e ao Poder Público que combatam e ofereçam meios de superação dos obstáculos existentes – econômicos, culturais, geográficos e técnico-processuais – para que as pessoas possam conhecer e fazer valer os seus direitos.

É imprescindível à caracterização de uma ordem jurídica justa a *garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional*, como consta do art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988: a lei e os seus aplicadores não devem nem podem limitar o livre acesso ao Poder Judiciário por parte de quem quer que se afirme titular de direito violado ou em vias de sofrer lesão.

Por outro lado, cada novo processo distribuído impacta diretamente o tempo de tramitação e a qualidade de julgamento daqueles já existentes. O funcionamento da máquina judiciária, como qualquer outra atividade estatal, é custoso; o ritmo de sua expansão não tem conseguido acompanhar o aumento da litigiosidade. A sobrecarga de trabalho põe em risco a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional e, conseqüentemente, mina a credibilidade de que o Poder Judiciário deveria gozar.

Não há que se cogitar de criar limites à quantidade de processos em curso, mas é necessário assumir a necessidade de racionalizar o acesso ao Poder Judiciário, mediante esforços concretos para coibir o abuso do direito de demandar.

Assim como se assegura o direito de ação ao autor, o réu tem não apenas as garantias do contraditório e da ampla defesa como também, e antes, o direito de não ser importunado e integrado à força em uma relação processual quando a impossibilidade de êxito da pretensão do demandante saltar aos olhos. Cabe tanto aos advogados evitar o ajuizamento de demandas infundadas quanto cabe aos juízes filtrar a viabilidade destas desde o primeiro contato com a petição inicial de cada processo.

Ocorre que tem sido cada vez mais comum as pessoas acionarem judicialmente o Estado sem antes fazê-lo pelos canais adequados. Abandonam a via administrativa, que deveria ser a mais rápida, mais aparelhada e até tecnicamente capacitada (em razão da especialização) para apreciar os requerimentos, e isto seguramente reflete algum grau de

¹ Optamos pelo emprego do antigo padrão ortográfico, consoante permissivo do art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 6.583/2008.

dificuldade de interação com a Administração (necessidade de obtenção de senhas para atendimento, agendamento do primeiro atendimento para datas muito distantes, longas filas iniciadas de madrugada, órgãos públicos distantes de onde as pessoas moram/trabalham, falta de dinheiro para deslocamento e para fotocópias de documentos, perda de dias de trabalho, esclarecimentos insuficientes e mau atendimento, recusa ao atendimento ou rejeição verbal do requerimento, demora quanto ao fornecimento de resposta, desconfiança quanto à isenção do aparelho administrativo estatal). Indiretamente, pedem ao juiz que substitua o administrador na primeira análise de seus pleitos – o que contribui para agravar a crise pela qual passa o Poder Judiciário.

Muitos julgados, tendo em vista os problemas concretos que se abatem sobre os administrados, consideram desnecessária a prévia postulação administrativa. Outros tantos, em sentido contrário, recusam a solução judicial do mérito a casos que, em tese, poderiam ser satisfeitos regularmente na via administrativa; as petições iniciais são indeferidas, por ausência de interesse de agir. Ambas as orientações têm bons fundamentos, bem como há vários posicionamentos intermediários, discriminando hipóteses em que o requerimento é imprescindível e outras em que não o é.²

Nesse contexto, o objetivo primeiro desta dissertação é identificar e expor importante questão processual que, apesar de perceptível a todos – autores, réus, promotores, juízes – no dia-a-dia forense, tem sido praticamente ignorada pela doutrina e não tem recebido aprofundamento teórico por parte dos tribunais do Brasil: o questionamento sobre a (in)exigibilidade do prévio requerimento administrativo para caracterizar o interesse de agir nas demandas de natureza cível em face da Administração Pública brasileira, principalmente na seara previdenciária.³

O segundo objetivo é relacionar os mecanismos demasiadamente generosos que foram concebidos pelo legislador para facilitar o acesso ao Poder Judiciário (principalmente a gratuidade), a crise de eficiência da Administração Pública, e a ampla receptividade, por parte dos juízes, de questões que poderiam ser resolvidas sem o processo judicial, a resultar em

² SOUZA, Maria Lúcia Gomes de. *O prévio requerimento administrativo como condição para o ajuizamento da ação contra o poder público sob a perspectiva do direito fundamental de acesso à justiça*. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Público da Universidade Federal Fluminense em convênio com o Conselho da Justiça Federal. Manaus: 2007, não publicada, pp. 10-11.

³ Os argumentos pertinentes à discussão sobre a (im)prescindibilidade da prévia postulação se aplicam não só aos benefícios previdenciários e assistenciais, mas a todas as outras prestações estatais que dependem de requerimento formal ao Poder Público para sua concessão (fornecimento de medicamentos e de tratamentos de saúde, restituição e compensação de tributos, recebimento de seguro DPVAT *etc*).

trabalho excessivo (e desnecessário) que, ao emperrar a máquina judiciária, constitui novo óbice ao acesso à Justiça em seu sentido mais amplo. A busca imediata pela via jurisdicional, sem passar pela instância administrativa, prejudica a parte ré (cujos procuradores terão de elaborar resposta sem que os órgãos específicos responsáveis pela apreciação dos requerimentos tenham tido a oportunidade de se manifestar previamente) e implica atribuição indevida ao Judiciário da atividade inerente ao Poder Executivo – sem aparelhamento adequado para cumprir esta nova tarefa –, acarretando lentidão e ineficiência que frustram a sua razão de ser.

É perceptível o ressurgimento da discussão a respeito da prévia apresentação da pretensão à Administração Pública para, só depois de indeferida, caracterizar-se o interesse processual de agir. Entretanto, por falta de um debate sincero e mais profundo sobre as causas – jurídicas e metajurídicas – desta retomada, o tema muitas vezes recebe tratamento superficial nas sentenças e acórdãos, sendo decidido freqüentemente com base em soluções pré-concebidas segundo o modelo “sempre é prescindível / sempre é indispensável”.

A questão do prévio requerimento permeia milhares de processos em todo o país e teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 631.240. O terceiro objetivo desta dissertação é evidenciar o problema, com o intuito de incentivar o aprofundamento dos debates sobre a retomada dos filtros de admissibilidade e viabilidade da demanda – e de avançar na apresentação de critérios que, longe da simplificação reducionista do tudo ou nada, mostrem-se aptos a adequar a solução a ser dada a cada caso.

1 ACESSO À JUSTIÇA

1.1 Função do Poder Judiciário e inafastabilidade do controle jurisdicional

O Poder Judiciário tem papel essencial na concretização da Constituição, pois os direitos por ela instituídos são, em regra, “direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico”.⁴ De nada adiantaria o reconhecimento de direitos por leis, Constituições ou Tratados sem uma máquina estatal posta à disposição dos titulares destes direitos para tutelá-los quando houvesse violação ou ameaça de violação.^{5 6}

Assim como consta de diversas normas de Direito Internacional (dentre as quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷ e a Convenção Americana de Direitos Humanos

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>, p. 6.

⁵ “Com o desenvolvimento da teoria dos Direitos Fundamentais atribui-se à constituição a característica teleológica de base de proteção aos direitos fundamentais, em especial a certos direitos civis e políticos, e o Poder Judiciário, em razão da própria natureza de sua atividade, acaba por resultar na instituição estatal garantidora dos direitos constitucionais do cidadão, sejam estes direitos opostos contra o Estado, seja contra outros cidadãos – o que dá outro colorido à sua posição de guardião da constituição e justifica-se assim a jurisdição constitucional.” DUARTE, Fernanda; MOURA, Francisco; MASTRODI, Josué; TSUBONE, Rubens Takashi. “Ainda há supremacia do Judiciário?”, in DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (organizadores), *Teoria da Mudança Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 71-72.

⁶ “O direito à jurisdição é a primeira das garantias constitucionais dos direitos fundamentais, como anteriormente frisado. Jurisdição é direito-garantia sem o qual nenhum dos direitos, reconhecidos e declarados ou constituídos pela Lei Magna ou outro documento legal, tem exercício assegurado e lesão ou ameaça desfeita eficazmente. Primeiramente, o direito à jurisdição é a garantia fundamental das liberdades constitucionais. Sem o controle jurisdicional, todos os agravos às liberdades permanecem no limbo político e jurídico das impunidades. Todas as manifestações da liberdade, todas as formas de seu exercício asseguradas de nada valem sem o respectivo controle jurisdicional. A liberdade sem a garantia do pleno exercício do direito à jurisdição é falaciosa, não beneficia o indivíduo, pois não passa de ilusão de direito, o que sempre gera o acomodamento estéril e a desesperança na resistência justa e necessária. Não é por acaso que os regimes políticos antidemocráticos iniciam suas artes e manhas políticas pela subtração ou pelo tolhimento do direito à jurisdição. É que sem este direito plenamente assegurado e exercitável o espaço para as estripulias dos ditadores é mais vasto e o descontrole de seus comportamentos confere-lhes a segurança de que eles se vêem necessitados de continuar no poder. O direito à jurisdição, ao garantir todo os direitos, especialmente aqueles considerados fundamentais, confere segurança jurídica mais eficaz ao indivíduo e ao cidadão, gerando, paralelamente, a permanente preocupação dos eventuais titulares dos cargos públicos com a sociedade e com os limites legais a que se encontram sujeitos. Entretanto, qualquer que seja o regime político, reconhece-se, atualmente, que a jurisdição compõe o rol dos direitos políticos fundamentais do cidadão. Por isso mesmo, o direito à jurisdição vem elencado, não poucas vezes, entre aqueles que a Lei Magna reconhece e assegura”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O Direito Constitucional à Jurisdição”, in TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coordenador), *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 42-43.

⁷ Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data.

de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica⁸), o art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988 enuncia, a título de garantia, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Impede-se que haja restrições de acesso ao Judiciário e impõe-se ao juiz o dever de julgar, garantindo a tutela efetiva a quem detenha uma posição jurídica de vantagem; não se trata de “mera garantia de acesso ao juízo (direito à ação), mas da própria tutela (proteção) jurisdicional (adequada, tempestiva e, principalmente, efetiva) a quem tiver razão”.⁹

A atribuição específica a um dos três Poderes da função de julgar, quando provocado, qualquer alegação de lesão ou ameaça a direito é meio para que o Estado brasileiro cumpra seu destino, referido no preâmbulo da Constituição da República, de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias – daí porque, segundo CALMON DE PASSOS, o processo é instrumento de participação social.¹⁰

Em se tratando de garantia – *inafastabilidade do controle jurisdicional* –, deve-se atribuir sentido amplo à leitura do inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988: por “lei”, entenda-se qualquer ato normativo, editado por qualquer um dos três Poderes;¹¹ ¹² por “excluir”, leia-se qualquer restrição arbitrária; por “lesão ou ameaça a direito”, basta às

⁸ Ratificada pelo Brasil em 1992 (Decreto nº 678/1992).

⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 3.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, pp. 50-51.

¹⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (organizadores), *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 95.

¹¹ “Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.” NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 130.

¹² CARLOS ALBERTO DE SALLES diz que a norma não se dirige apenas ao legislador, mas também ao juiz, ao decidir, e ao administrador, através dos atos administrativos ou regulamentares. SALLES, Carlos Alberto de. “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada”, in FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenador), *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

peças afirmarem-se titulares do direito, e afirmarem a ocorrência de lesão ou ameaça,¹³ para terem assegurado livre acesso ao Poder Judiciário.

O Brasil adota, desde 1891, sistema de jurisdição una – *princípio da unicidade de jurisdição* –, de modo que o Poder Judiciário tem o monopólio do poder de decidir com força de coisa julgada. Como diz GIOVANI BIGOLIN, isto deixa “bem marcada a separação entre a Administração e a atividade tipicamente jurisdicional”: afirmada a supremacia do Poder Judiciário, “excluiu-se a possibilidade da instituição de uma Jurisdição Administrativa independente, tal como ocorre nos países que adotam o modelo francês”.¹⁴

O Supremo Tribunal Federal, delineando a extensão da garantia de controle jurisdicional, consolidou, dentre outras, as seguintes orientações:¹⁵

- (i) Desde o julgamento da Representação de Inconstitucionalidade 1.077, asseverou-se que a taxa judiciária ostenta natureza jurídica de tributo (taxa), a incorrer em inconstitucionalidade caso represente óbice ao acesso ao Poder Judiciário,¹⁶ daí

¹³ A simples sensação íntima de perigo, por juízo meramente subjetivo, não justifica o acionamento regular do Poder Judiciário, salvo quando haja a exteriorização de atos – mesmo que atos preparatórios – a empreendimento que possa configurar lesão a direito (indícios objetivos e iminência da lesão). BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988* v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 183.

¹⁴ BIGOLIN, Giovanni. “O requerimento administrativo e o controle judicial dos benefícios previdenciários”, in ROCHA, Daniel Machado da (coordenador), *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, item 3.1.

¹⁵ Além daquelas elencadas no texto, o Supremo Tribunal Federal também entende que:

(i) O não reconhecimento de “fungibilidade dos recursos” em casos de erro grosseiro é compatível com a inafastabilidade de jurisdição, porque esta pressupõe o emprego correto dos instrumentos processuais disponíveis (nesse sentido, dentre outros, STF, Pleno, ACO 307 QO, Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, julgado em 10/04/2002, publicado na p. 80 do DJ de 07/06/2002);

(ii) A exigência de depósito de 5% sobre o valor da causa como condição de procedibilidade da ação rescisória (art. 488, II, CPC) é admissível, porque a lide já foi apreciada por decisão transitada em julgado, e o pedido de rescisão é medida excepcional, justificando-se o depósito, que reverterá em favor do réu no caso de inadmissibilidade ou improcedência por unanimidade de votos;

(iii) A convenção de arbitragem de que trata a Lei nº 9.307/1996, bem como a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral, não viola a garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário, diante da existência de manifestação de vontade válida sobre direito disponível (STF, Pleno, SE 5.206 AgR/EP, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 12/12/2001, publicado na p. 29 do DJ de 30/04/2004);

(iv) Não são inconstitucionais – ao menos se consideradas em abstrato – as leis que, de forma razoável, visam restringir a possibilidade de deferimento de tutela de urgência contra o Poder Público (STF, Pleno, ADC 4, Relator para Acórdão Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 01/10/2008, publicado no DJe-213 de 30/10/2014).

¹⁶ TAXA JUDICIÁRIA. TAXA JUDICIÁRIA É TRIBUTO DA ESPÉCIE TAXA. ESSA NATUREZA JURÍDICA NÃO FOI ALTERADA COM A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7/77. SE A TAXA JUDICIÁRIA, POR EXCESSIVA, CRIAR OBSTÁCULO CAPAZ DE IMPOSSIBILITAR A MUITOS A OBTENÇÃO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, É ELA INCONSTITUCIONAL, POR OFENSA AO DISPOSTO NA PARTE INICIAL DO § 4º DO ARTIGO 153 DA CONSTITUIÇÃO. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE EM PARTE, PARA DECLARAR-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DAS EXPRESSÕES “DOS PROCURADORES DO ESTADO NOS CASOS PREVISTOS NESTE CAPÍTULO, BEM COMO SOBRE TODOS OS ATOS EXTRA-JUDICIAIS PRATICADOS POR TABELIAES, OFICIAIS

porque, como reafirmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 948, seu valor deve ser proporcional (referibilidade) ao custo real dos serviços judiciários e, ao incidir sobre o valor da causa ou da condenação, em alíquota não excessiva, deve ter um limite objetivo.¹⁷ Em muitas Ações de Inconstitucionalidade, a orientação foi reafirmada – 1.651, 1.772, 1.926, 2.665, 3.826 – até a edição da Súmula 667/STF: “Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

(ii) É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança (Súmula 632/STF), porque o decurso dos cento e vinte dias não extingue o direito subjetivo, que pode ser tutelado judicialmente mediante emprego de outros instrumentos processuais;¹⁸

DE REGISTROS PUBLICOS, DE DISTRIBUIÇÃO E DE PROTESTOS DE TITULOS, DAS SERVENTIAS OFICIALIZADAS OU NÃO” E “OU PELOS SERVENTUARIOS, CONFORME PREVISTO NESTE ARTIGO” DO CAPUT DO ARTIGO 112; DOS §§ 1º, 2º E 3º DESSE MESMO ARTIGO 112; DO INCISO VIII DO ARTIGO 114; DO ARTIGO 118 E DE SEUS PARAGRAFOS; DO ARTIGO 123; DO ARTIGO 124; DO ARTIGO 125 E DE SEUS PARAGRAFOS; DO ARTIGO 129; DOS INCISOS I E III, E DAS EXPRESSÕES “OU CONFESSADA EM PEDIDO JA EXISTENTE” DO INCISO II, TODOS DO ARTIGO 130; DO ARTIGO 133; DO ARTIGO 134, CAPUT E INCISOS; TODOS ELES NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 383, DE 4 DE DEZEMBRO DE 1980, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, A QUAL ALTEROU A QUE VINHA DO DECRETO-LEI 403, DE 28 DE DEZEMBRO DE 1978 E DA LEI 289, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1979, QUE JA HAVIAM MODIFICADO O DECRETO-LEI 5, DE 15 DE MARÇO DE 1975, DO MESMO ESTADO; E É INCONSTITUCIONAL, POR FIM, O ARTIGO 3º DA PROPRIA LEI 383, DE 4 DE DEZEMBRO DE 1980, ACIMA REFERIDA.

(STF, Pleno, Rp 1.077, Relator Ministro MOREIRA ALVES, julgado em 28/03/1984, publicado na p. 15.955 do DJ de 28/09/1984)

¹⁷ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA JUDICIÁRIA. NATUREZA JURÍDICA: TRIBUTO DA ESPÉCIE TAXA. PRECEDENTE DO STF. VALOR PROPORCIONAL AO CUSTO DA ATIVIDADE DO ESTADO.

Sobre o tema da natureza jurídica dessa exação, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de se tratar de tributo da espécie taxa (Representação 1.077). Ela resulta da prestação de serviço público específico e divisível, cuja base de cálculo é o valor da atividade estatal deferida diretamente ao contribuinte. A taxa judiciária deve, pois, ser proporcional ao custo da atividade do Estado a que se vincula. E há de ter um limite, sob pena de inviabilizar, à vista do valor cobrado, o acesso de muitos à Justiça. Ação direta julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 5º do artigo 114 do Código Tributário de Goiás. (STF, Pleno, ADI 948/GO, Relator Ministro FRANCISCO REZEK, julgado em 09/11/1995, publicado na p. 2 do DJ de 17/03/2000)

¹⁸ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – DECISÃO DENEGATORIA PROFERIDA POR TRIBUNAL SUPERIOR DA UNIÃO EM ÚNICA INSTÂNCIA – CONSUMAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL PARA IMPETRAR O "WRIT" (LEI N. 1.533/51, ART. 18) – CONSTITUCIONALIDADE DESSA NORMA LEGAL – INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA PARA ORDENAR, EM SEDE MANDAMENTAL, A SUBSTITUIÇÃO DO ÓRGÃO APONTADO COMO COATOR – RECURSO IMPROVIDO.

– A estipulação, em sede legal, de prazo para a oportuna impetração do mandado de segurança não tem o condão de ofender a natureza constitucional desse "remedium juris", cuja relevante função processual consiste em viabilizar, desde que tempestivamente utilizado nos termos em que o disciplina a lei, a pronta, eficaz e imediata reparação a direitos líquidos e certos eventualmente lesados por comportamento arbitrário da Administração Pública.

(iii) Corroborando a Súmula 247 do extinto Tribunal Federal de Recursos (“Não constitui pressuposto da ação anulatória de débito fiscal o depósito de que cuida o art. 38 da Lei 6.830, de 1980”), decidiu-se que o art. 38 da Lei nº 6.830/1980¹⁹ demanda interpretação conforme a Constituição, no sentido de que o depósito integral do crédito cobrado pela Fazenda Pública constitui requisito apenas para inibir o ajuizamento de execução fiscal, não para o acesso ao Poder Judiciário, já que o contribuinte continua dispondo da ação anulatória do débito fiscal, cuja tramitação não está condicionada a depósito algum.^{20 21}

– O prazo decadencial de 120 dias – a que se refere o art. 18 da Lei 1.533/51 – opera, em face de sua eficácia preclusiva, a extinção do direito de impetrar o "writ" constitucional. Não gera, contudo, a extinção do próprio direito subjetivo eventualmente amparável pelo remédio do mandado de segurança ou por qualquer outro meio ordinário de tutela jurisdicional. Esse direito subjetivo resta incólume e não se vê afetado pela consumação do referido prazo decadencial, cujo único efeito jurídico consiste, apenas, em inviabilizar a utilização do remédio constitucional do mandado de segurança.

– A norma inscrita no art. 18 da Lei 1.533/51 não ostenta qualquer eiva de inconstitucionalidade. A circunstância de ser omissa a Constituição da República quanto à fixação de prazos para o ajuizamento da ação de mandado de segurança não retrai, indefinidamente no tempo, a possibilidade de o interessado valer-se, em qualquer momento, do "writ" mandamental que, essencialmente idêntico a outros meios processuais, constitui instrumento de efetivação e de concretização do direito material invocado pelo impetrante. O prazo decadencial referido na norma legal em questão não tem o caráter de penalidade, pois não afeta o direito material eventualmente titularizado pelo impetrante e nem impede que este postule o reconhecimento de seu direito público subjetivo mediante adequada utilização de outros meios processuais. A consumação da decadência do direito de impetrar o mandado de segurança não confere juridicidade ao ato estatal impugnado, não tem o condão de convalidá-lo e nem a virtude de torná-lo imune ao controle jurisdicional.

– A autoridade judiciária não dispõe de poder para, em agindo de ofício, substituir, em sede mandamental, o órgão apontado como coator pelo impetrante do "writ". Falece-lhe competência para ordenar a mutação subjetiva no pólo passivo da relação processual. Se o juiz entender ausente, no caso submetido a sua apresentação, a pertinência subjetiva da lide quanto à autoridade indicada como coatora, devera julgar extinto o processo, sem julgamento de mérito, por inocorrência de uma das condições da ação (CPC, art. 267, VI), que constitui matéria de direito passível de cognição de ofício pelo magistrado (CPC, art. 301, parágrafo 4.). Precedentes. (STF, RMS 21.362/DF, Relator Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 14/04/1992, publicado na p. 10.104 do DJ de 26/06/1992)

¹⁹ Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

²⁰ AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. DEPÓSITO PRÉVIO. ART-38 DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS (LEI 6830/80). PRESSUPOSTO DA AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO DECLARATÓRIO DA DÍVIDA ATIVA E O LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, NÃO HAVENDO SENTIDO EM PROTRÁ-LO AO ATO DE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA. O DEPÓSITO PREPARATÓRIO DO VALOR DO DÉBITO NÃO É CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO ANULATÓRIA, APENAS, NA CIRCUNSTÂNCIA, NÃO É IMPEDITIVA DA EXECUÇÃO FISCAL, QUE COM AQUELA NÃO PRODUZ LITISPENDÊNCIA, EMBORA HAJA CONEXIDADE. ENTRETANTO, A SATISFAÇÃO DO ÔNUS DO DEPÓSITO PRÉVIO DA AÇÃO ANULATÓRIA, POR TER EFEITO DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO (ART-151, II DO CTN), DESAUTORIZA A INSTAURAÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

(STF, 1ª Turma, RE 103.400, Relator Ministro RAFAEL MAYER, julgado em 10/12/1984, publicado na p. 10.474 do DJ de 01/02/1985)

(iv) A regra do *caput* do art. 19 da Lei nº 8.870/1994, condicionando o processamento de qualquer ação judicial, inclusive as cautelares, que tenha por objeto a discussão de débito para com o INSS ao depósito do valor integral, monetariamente corrigido, com juros, multa e encargos,²² é inconstitucional – segundo decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.074²³ – porque, a pretexto de assegurar futura execução, cria restrição significativa a ponto de, em muitos casos, inviabilizar o próprio acesso à primeira instância judiciária.²⁴

(v) A regra do art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, condicionando o acesso à Justiça do Trabalho à prévia submissão do conflito às Comissões de Conciliação Prévia, apesar de dizer expressamente que o resultado da conciliação deveria ser obtido no (curto) prazo máximo de dez dias (prazo após o qual o acesso ao

²¹ AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ART. 38 DA LEI 6.830/80. RAZOÁVEL É A INTERPRETAÇÃO DO ARESTO RECORRIDO NO SENTIDO DE QUE NÃO CONSTITUI REQUISITO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL O DEPÓSITO PREVISTO NO REFERIDO ARTIGO. TAL OBRIGATORIEDADE OCORRE SE O SUJEITO PASSIVO PRETENDER INIBIR A FAZENDA PÚBLICA DE PROPOR A EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

(STF, 2ª Turma, RE 105.552, Relator Ministro DJACI FALCAO, julgado em 02/08/1985, publicado na p. 14.351 do DJ de 30/08/1985)

²² Art. 19. As ações judiciais, inclusive cautelares, que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS serão, obrigatoriamente, precedidas do depósito preparatório do valor do mesmo, monetariamente corrigido até a data de efetivação, acrescido dos juros, multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura das ações previstas neste artigo importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

²³ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 19, CAPUT, DA LEI FEDERAL N. 8.870/94. DISCUSSÃO JUDICIAL DE DÉBITO PARA COM O INSS. DEPÓSITO PRÉVIO DO VALOR MONETARIAMENTE CORRIGIDO E ACRESCIDO DE MULTA E JUROS. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário.

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(STF, Pleno, ADI 1.074/DF, Relator Ministro EROS GRAU, julgado em 28/03/2007, publicado no DJe-023 de 25/05/2007)

²⁴ O Relator, Ministro EROS GRAU, reafirmou integralmente o voto dado pelo Ministro FRANCISCO REZEK por ocasião do julgamento da medida liminar – sendo acompanhado pelos seus pares em acórdão unânime:

“O que o dispositivo impugnado institui importa cerceamento do direito à tutela jurisdicional.

O artigo determina que a admissão de ‘ações judiciais’ que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS se condiciona – obrigatoriamente – ao depósito preparatório do valor do débito cuja legalidade será discutida. Está claro que o (sic) a norma cria séria restrição à garantia de acesso aos tribunais (artigo 5º – XXXV da CF).

O que se pretende, à primeira vista, é assegurar a eventual execução. Nesta trilha, a norma não representaria grande novidade em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, o que a singulariza é a restrição vestibular e ponderável do acesso ao Poder Judiciário. A necessidade do depósito, tal como aqui lançada, limitará o próprio acesso à primeira instância.

Da garantia de proteção judiciária decorrem diversos princípios tutelares do processo – o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outros – e o depósito aqui exigido poderá em muitos casos inviabilizar o direito de ação.”

Judiciário estaria liberado), e apesar de ressaltar a possibilidade de acesso imediato à via jurisdicional em caso de motivo relevante (a ser declarado na petição inicial),²⁵ ²⁶ recebeu, por medida cautelar deferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.139 e 2.160,²⁷ ²⁸ interpretação conforme a Constituição, para afirmar que a conciliação prévia é apenas uma faculdade das partes, não uma condição para o exercício do direito de ação. Prevaleceu o voto do Ministro MARCO AURÉLIO,²⁹

²⁵ A Lei nº 9.958/2000 introduziu os arts. 625-A a 625-H na Consolidação das Leis do Trabalho, para autorizar as empresas e os sindicatos a instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho (art. 625-A). Onde instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria, qualquer demanda de natureza trabalhista deveria ser-lhe necessariamente submetida (art. 625-D), para realização de tentativa de conciliação no prazo máximo de dez dias (art. 625-F), tempo em que o prazo prescricional ficaria suspenso (art. 625-G): aceita a conciliação, o termo seria título executivo extrajudicial (art. 625-E).

²⁶ Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.

§ 1º A demanda será formulada por escrito ou reduzida a tempo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados.

§ 2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que devera ser juntada à eventual reclamação trabalhista.

§ 3º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no caput deste artigo, será a circunstância declarada na petição da ação intentada perante a Justiça do Trabalho.

§ 4º Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido.

²⁷ PROCESSO OBJETIVO – PETIÇÃO INICIAL.

A petição inicial do processo objetivo deve ser explícita no tocante à causa de pedir.

JURISDIÇÃO TRABALHISTA – FASE ADMINISTRATIVA.

A Constituição Federal em vigor, ao contrário da pretérita, é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo.

(STF, Pleno, ADI 2.139 MC/DF, Relator Ministro OCTAVIO GALLOTTI, Relator para Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 13/05/2009, publicado no DJe-200 de 23/10/2009)

²⁸ JUDICIÁRIO – ACESSO – FASE ADMINISTRATIVA – CRIAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA – IMPROPRIEDADE.

Ao contrário da Constituição Federal de 1967, a atual esgota as situações concretas que condicionam o ingresso em juízo à fase administrativa, não estando alcançados os conflitos subjetivos de interesse. Suspensão cautelar de preceito legal em sentido diverso.

(STF, Pleno, ADI 2.160 MC/DF, Relator Ministro OCTAVIO GALLOTTI, Relator para Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 13/05/2009, publicado no DJe-200 de 23/10/2009)

²⁹ O voto do Ministro MARCO AURÉLIO, acompanhado posteriormente pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Carlos Ayres Britto, tem o seguinte teor: “Outrora, era possível condicionar-se, mediante norma legal, o ingresso em juízo ao esgotamento das vias administrativas. Dispunha a Carta anterior, de 1969:

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.

segundo o qual, ao contrário do que ocorria sob a Emenda Constitucional nº 1/1969, a exigência da exaustão da instância administrativa está limitada taxativamente às hipóteses do § 1º do art. 217 e § 2º do art. 114 da Constituição da República de 1988. Restaram vencidos o Relator, Ministro OCTÁVIO GALOTTI, para quem “a garantia insculpida no item XXXV do art. 5º da Constituição não retira ao legislador ordinário a disciplina das condições processuais para o ajuizamento das ações, que tenham por finalidade a racionalização do procedimento – como é a hipótese dos autos – e não o escopo de obstruir desarrazoadamente a via do Poder Judiciário”,³⁰ e o Ministro

Pois bem, a disciplina do acesso ao Judiciário, com a Carta de 1988, veio a ganhar contornos próprios, distintos daqueles observados sob a égide da Constituição substituída. No inciso XXXV do artigo 5º, previu-se que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Poder-se-ia partir para a distinção, colocando-se, em planos diversos, a exclusão propriamente dita e a condição de esgotar-se, antes do ingresso em juízo, uma determinada fase. Todavia, a interpretação sistemática da Lei Fundamental direciona a ter-se o preceito com outro alcance, o que é reforçado pelo dado histórico, ante a disciplina pretérita. O próprio legislador constituinte de 1988 limitou a condição de ter-se o exaurimento da fase administrativa, para chegar-se à formalização de pleito no Judiciário. Fê-lo no tocante ao desporto, ao dispor, no § 1º do artigo 217, que ‘o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei’. Vale dizer que, sob o ângulo constitucional, o livre acesso ao Judiciário sofre uma mitigação e, aí, consubstanciando o preceito respectivo exceção, cabe tão-só o empréstimo de interpretação estrita. (...) Também tem-se aberta exceção ao princípio do livre acesso no campo das questões trabalhistas. Entrementes, a norma que versa sobre o tema está limitada aos chamados dissídios coletivos, às ações coletivas, no que se previu, no § 2º do artigo 114 da Constituição Federal, que ‘recusando-se qualquer das partes a negociação ou a arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho’. Constata-se, no entanto, que não se chegou a exigir, em si, a tentativa de solução de pendência, contentando-se a norma com a simples recusa de participação em negociação ou envolvimento em arbitragem.

Pois bem, ninguém coloca em dúvida a valia, sob o ângulo da preservação da paz social, do entendimento direto entre os titulares dos direitos envolvidos na relação jurídica. [...]

Caminhe-se, assim, para a melhor equação da espécie. Os dispositivos atacados não chegam, de forma clara, precisa, direta, a revelar o obrigatório esgotamento da fase administrativa. [...] Dispensável é esforço maior para atribuir-se ao que se contém no novo artigo 625-D interpretação conforme o texto constitucional [...] para assentar as que as normas inseridas [...] não encerram obrigatoria a fase administrativa, continuando os titulares de direito substancial a terem o acesso imediato ao Judiciário, desprezando a fase que é a revelada pela atuação da Comissão de Conciliação Prévia.”

³⁰ A fundamentação do voto do Ministro GALOTTI foi a seguinte:

“[...] julgo que a garantia insculpida no item XXXV do art. 5º da Constituição não retira ao legislador ordinário a disciplina das condições processuais para o ajuizamento das ações, que tenham por finalidade a racionalização do procedimento – como é a hipótese dos autos – e não o escopo de obstruir desarrazoadamente a via do Poder Judiciário.

Na primeira dessas alternativas (a de racionalização) e não na última (a do arbítrio), se inscreve a edição dos pressupostos processuais contra que se insurgem os autores.

Ademais disso, são de instituição facultativa (art. 625-A, *caput*) as Comissões hostilizadas pelos requerentes, não podendo vir a ser instaladas sem a voluntária participação dos empregados. Sem ocorrer esse consenso, bastará a competente declaração desse fato na inicial da reclamação, para a dispensa da tentativa de conciliação (art. 625-D, § 3º).

Também o prazo de dez dias, facultado à comissão pelo art. 625-F, não parece favorecer o intuito protelatório receado pelos autores, se comparado esse fator com a celeridade que se espera possa advir do almejado desafogo da Justiça do Trabalho, notoriamente congestionada.”

CEZAR PELUSO, que, expondo argumentos relevantes, registrou o seu inconformismo nestes termos:

Acho que, com o devido respeito, a postura da Corte em restringir a possibilidade da tentativa obrigatória de conciliação está na contramão da história, porque em vários outros países, hoje, se consagra a obrigatoriedade do recurso às chamadas vias alternativas de resolução de conflitos, até porque o Poder Judiciário – e não é coisa restrita à experiência brasileira, mas fenômeno mais ou menos universal – não tem dado conta suficiente da carga de processos e com isso tem permitido a subsistência de litígios que são absolutamente contrários à paz social.

Em segundo lugar, a mim parece-me (sic) também, com o devido respeito, que não há nenhum bloqueio nem impedimento, nem exclusão do recurso à universalidade da jurisdição. O que há é simplesmente tentativa preliminar de conciliar e de resolver pacificamente o conflito, com a vantagem de uma solução não ser imposta autoritariamente, que sempre causa contrafeição, constrangimentos, alguma forma de resistência às decisões do Poder Judiciário. As soluções consensuais são, em todas as medidas, as melhores do ponto de vista social.

Em terceiro lugar, a conciliação, conquanto pelo Judiciário, tem sido feita. O Código de Processo Civil é expresso sobre a necessidade de tentativa de conciliação, em alguns casos logo na instauração do processo, noutros casos antes da decisão de saneamento, o que simplesmente altera o órgão que tenta a conciliação, mas não afasta o fato objetivo de que a conciliação é tentada sem prejuízo do recurso à jurisdição, se ela acaso se veja frustrada.

Nesse sentido, peço vênia aos votos divergentes para indeferir a liminar.

O Estado deve assegurar não só a existência de um Poder Judiciário acessível como também atuar com todas as suas forças de maneira a favorecer o pleno exercício desta garantia inerente ao Estado Democrático de Direito, conforme o art. 1º da Constituição da República de 1988. Para tanto, tem de prestar *tutela jurisdicional adequada*³¹ e comprometer-se com o combate aos obstáculos ao acesso ao Judiciário e a uma cidadania plena, oferecendo meios para a superação dos empecilhos ao pleno conhecimento e defesa dos direitos pelos cidadãos (acesso ao Direito) – principalmente no que diz respeito à assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV, da Constituição de 1988) e à gratuidade de algumas ações (art. 5º, LXXIII e LXXVII, da Constituição de 1988) – e isto é a síntese do *princípio do acesso à Justiça*.³²

³¹ NERY JUNIOR, op. cit., p. 132.

³² “Não há maior valor aspirado pelo homem ou, a ele equiparado que a realização da justiça. Nesse aspecto, o acesso à justiça constitui um direito fundamental do homem, pois, em síntese, tem por fim a garantia de sua liberdade, como predicado de todo ser humano. Entretanto, por outro lado, o acesso à justiça também assegura a efetividade dos demais direitos: o princípio permeia toda a atividade jurídica e jurisdicional do Estado. Sua finalidade, portanto, refere-se aos indivíduos tanto quanto ao Poder. Aos indivíduos, no sentido de proporcionar-lhes um bem imanente à sua condição humana; ao Poder, por estabelecer-lhes um método de pacificação social. Isso revela que o acesso à justiça possui uma dupla dimensão: constitui um direito fundamental do homem e, ao mesmo tempo, uma garantia à realização efetiva dos demais direitos. Como direito ou como garantia, o fim último será sempre o de realização da justiça e, por isso, ambos são informados pelo princípio da igualdade”. CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 65.

1.2 Os óbices ao acesso à Justiça enumerados por CAPPELLETTI e GARTH

MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH iniciam seu famoso ensaio dizendo que o “acesso à Justiça” é o “mais básico dos direitos humanos” e que a expressão se presta a determinar as duas finalidades básicas do sistema jurídico pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado: (i) fazer com que o sistema seja igualmente acessível a todos (acesso efetivo) e (ii) assegurar que ele produza resultados individual e socialmente justos (justiça efetiva).³³ Ato contínuo, passaram a identificar os obstáculos ao acesso à Justiça, a fim de estabelecer em qual direção se devem dirigir os esforços para obter avanços na busca da igualdade de armas entre as partes.

O primeiro grupo de obstáculos refere-se ao *custo do processo*. A resolução de litígios é, em regra, muito dispendiosa para os litigantes, que precisam suportar os honorários advocatícios (tanto os honorários para contratação do próprio advogado quanto os honorários pagos ao advogado do *ex adverso* em caso de sucumbência) e as custas judiciais. Tal dificuldade é agravada nas *pequenas causas*, pois os custos podem equivaler ou mesmo exceder o conteúdo econômico do pedido. Igualmente, o fator *tempo* exerce influência sobre o custo do processo quando a sua duração excede o razoável (principalmente nos casos em que a remuneração do advogado contratado varia conforme o tempo de trabalho despendido), e, conseqüentemente, pressiona os economicamente fracos a abandonarem os seus processos, ou a aceitarem acordos por valores muito inferiores aos pretendidos.³⁴

O segundo grupo de obstáculos diz respeito às *possibilidades das partes* que resultam em situações de vantagem ou desvantagem na relação processual. Quanto mais *recursos financeiros* uma pessoa possuir, mais poderá pagar para litigar (o que faz presumir a contratação de melhores advogados, capazes de apresentar os argumentos de maneira mais eficiente, e de pagar para obter ou produzir melhores provas) e mais facilmente suportará as delongas do litígio. As diferenças de educação, meio e *status* social interferem diretamente na *aptidão pessoal para reconhecer um direito e para agir*, isto é, a capacidade de identificar a existência de um direito juridicamente exigível (situação que afeta mais severamente os despossuídos; entretanto, os integrantes das classes média ou alta também podem vir a suportar passivamente situações desfavoráveis, contra as quais o Direito lhes asseguraria

³³ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988 (reimpressão: 2002), pp. 8 e 12.

³⁴ CAPPELLETTI, GARTH, op. cit., pp. 15-21.

proteção, em razão do desconhecimento de seus direitos), e os meios disponíveis para obter aconselhamento jurídico e para ajuizar uma demanda, e a *disposição psicológica* para enfrentar não só os custos e a demora inerente ao processo, como também para lidar com procedimentos complicados, formalismos, ambientes intimidadores, e com figuras socialmente consideradas opressoras como advogados e juízes.³⁵ Além disto, *litigantes “eventuais” estão em posição de desvantagem em relação aos litigantes “habituais”*, pois estes contam com vantagens decorrentes da frequência com que lidam com o sistema judicial: a maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio, e permite-lhes inclusive testar estratégias com determinados casos, para aumentar a expectativa de resultados favoráveis em litígios futuros; o fato de terem mais casos faz com que tenham economia de escala, e possam diluir os riscos; a assiduidade junto ao Poder Judiciário propicia o estabelecimento de relações informais com os membros da instância decisora.³⁶

O terceiro grupo de problemas compreende as *dificuldades específicas dos direitos difusos*. Quando se trata de interesses fragmentados ou coletivos, ou ninguém (individualmente) tem como corrigir a lesão, ou o resultado positivo que se pode obter (do ponto de vista individual) é pequeno demais para fazer com que alguém se disponha a enfrentar um litígio caro, longo e complexo. Tomando por exemplo a violação a direitos dos consumidores ou referentes ao meio ambiente saudável, muitas pessoas podem não ter interesse financeiro direto em jogo, ou pode ser que a pequena relevância (individualmente considerada) do bem em questão não justifique o ajuizamento de demanda, e, se ajuizada, a indenização a que o infrator pode ser condenado a pagar em uma única demanda individual não o dissuadirá de prosseguir em sua conduta ilícita. Por isto, imprescindível a conexão de processos ou a reunião das partes interessadas em demandar para a reivindicação eficiente dos direitos difusos, e são diversas as barreiras para obter esta coesão, sem contar que muitas vezes o próprio sistema não confere legitimidade à ação destes grupos.³⁷

Ao final da enumeração, CAPPELLETTI e GARTH concluem que os obstáculos têm maior peso sobre as pequenas causas e os autores individuais (especialmente os pobres),

³⁵ Tendo por base o índice de analfabetismo por Estado divulgado pelo IBGE em setembro de 2009, e o índice de processos novos de 2008, “observa-se que todas as unidades da federação que obtiveram as posições mais altas em relação ao volume de casos novos por cem mil habitantes o percentual de analfabetos é relativamente menor.” SADEK, Maria Tereza. *Justiça em números: novos ângulos*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/AMB_Sadek_Justica_em_numeros_novos_angulos.pdf>, p. 22.

³⁶ CAPPELLETTI, GARTH, op. cit., pp. 21-26.

³⁷ CAPPELLETTI, GARTH, op. cit., pp. 26-28.

enquanto os litigantes organizacionais estão em situação de vantagem, e disto se pode concluir que as maiores dificuldades residem nas situações em que indivíduos reivindicam direitos em ações judiciais por danos relativamente pequenos em face de grandes organizações (e essas situações se verificam, com maior freqüência, justamente nos conflitos envolvendo os direitos característicos do moderno Estado do bem-estar social, ou seja, nos conflitos de cidadãos contra o governo, consumidores contra os comerciantes, povo contra os poluidores, operários contra os patrões e os sindicatos *etc*).³⁸

Assim, a primeira onda do movimento de busca de soluções para o problema do acesso à Justiça diagnosticado por aqueles professores visou à *assistência judiciária para os pobres*; a segunda onda consistiu em reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses difusos*, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor, e a terceira etapa consiste em *novo enfoque de acesso à Justiça*, por atacar as barreiras de modo mais articulado e compreensivo,³⁹ centrando sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas⁴⁰ – até porque seu enfrentamento conta com um sério fator complicador, qual seja, o de que não é eficiente atacar estes obstáculos um a um.⁴¹

1.3 Acesso à Justiça e acesso ao Direito

Para KAZUO WATANABE, a terceira onda de reformas exige uma *nova postura mental* e adequação das soluções à realidade específica de cada sociedade, pois “não se organiza uma Justiça para uma sociedade abstrata, e sim para um país de determinadas

³⁸ CAPPELLETTI, GARTH, op. cit., pp. 28-29.

³⁹ CAPPELLETTI, GARTH, op. cit., p. 31.

⁴⁰ CAPPELLETTI, GARTH, op. cit., pp. 67-68.

⁴¹ “Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro. Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal ‘reforma’. Sem alguns fatores de compensação, tais como um juiz muito ativo ou outras formas de assistência jurídica, os autores indigentes *poderiam* agora intentar uma demanda, mas lhes faltaria uma espécie de auxílio que lhes pode ser essencial para que sejam *bem sucedidos*. Um estudo sério do acesso à Justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes”. CAPPELLETTI, GARTH, op. cit., p. 29.

características sociais, políticas, econômicas e culturais”,⁴² advertindo que “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”⁴³ – caracterizada por:

- (1) *direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País;
- (2) *direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juizes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa;*
- (3) *direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos;*
- (4) *direito à remoção de todos os obstáculos* que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características.⁴⁴

LEONARDO GRECO se refere ao art. 20 da Constituição de Portugal de 1976 (“a todos é assegurado o direito de acesso ao Direito e à Justiça”) para estabelecer como idéia indissociável e prévia ao acesso à Justiça (como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário) o acesso ao Direito, “o que significa que, antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, o Estado deve dedicar-se diretamente à concretização da expectativa de gozo dos direitos dos cidadãos”.⁴⁵

Para GRECO, os principais *pressupostos do acesso ao Direito*⁴⁶ são: (i) a *educação básica* (ensino fundamental), que forma os cidadãos, neles infundindo a consciência de seus direitos e também de seus deveres sociais,⁴⁷ (ii) oferecimento a todos os cidadãos de *condições mínimas de sobrevivência e de existências condignas*, seja por acesso ao trabalho remunerado, seja pela proteção social do Estado e da coletividade aos incapazes, aos

⁴² “Não é possível ignorar que o processo judicial é uma atividade prática, exercida repetitivamente todos os dias por pessoas, como juízes, advogados, promotores, serventuários, que, apesar da sua formação acadêmica, fazem parte de povos com costumes, tradições e experiências políticas e sociais muito diferentes. O processo é um fenômeno cultural, típico de cada povo e, até mesmo, de cada comunidade”. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil* v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 11

⁴³ WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”, in DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (organizadores), *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, pp. 128-129.

⁴⁴ WATANABE, op. cit., p. 135.

⁴⁵ GRECO, op. cit., p. 12.

⁴⁶ GRECO, op. cit., pp. 12-17.

⁴⁷ “Em um país onde milhões estão excluídos do acesso à educação, não cabe falar em cidadania, porque a ignorância os alija do conhecimento da sua própria dignidade humana e do acesso aos seus direitos. Não são capazes de exercê-los porque os desconhecem. A consciência de direitos exige também a de deveres, pois, se todos desrespeitam direitos alheios, ninguém tem direitos”. GRECO, op. cit., pp. 12-13.

desempregados, aos mal remunerados, às crianças e aos idosos,⁴⁸ (iii) *fortalecimento dos grupos intermediários e do associativismo*, pois o indivíduo isolado é frágil, e só pela articulação dos sujeitos em posição de desvantagem em organizações e associações poderão lutar por seus direitos em igualdade de condições com pessoas ou grupos mais fortes, (iv) a *responsabilidade do Estado no cumprimento dos seus deveres para com os cidadãos* e a *transparência do Estado* no trato de questões que possam afetar a esfera de interesses dos cidadãos, aos quais deve ser assegurado o *direito de influir nas decisões do Poder Público* por meio dos instrumentos de participação democrática,⁴⁹ (v) a *submissão do Estado a uma Justiça* que seja guardiã das liberdades individuais e dos direitos dos cidadãos (pressuposto inviabilizado no Brasil pelos excessivos privilégios processuais estabelecidos em favor da Fazenda Pública e pela impossibilidade de execução específica das condenações judiciais pecuniárias em razão do regime dos precatórios),⁵⁰ (vi) *oferecimento, pelo Estado, de aconselhamento jurídico – assistência jurídica, e não apenas judiciária – aos pobres* a respeito de seus direitos, e (vii) *acesso a um tribunal imparcial*, previamente instituído pela lei como competente para a solução de qualquer litígio a respeito de interesses que se afirme juridicamente protegidos ou para a prática de qualquer ato que a lei subordine à aprovação, autorização ou homologação judicial.

Quanto ao acesso ao Poder Judiciário, remetendo a CAPPELLETTI, GRECO apresenta três grupos de obstáculos:⁵¹ (i) o *econômico*, que resulta do custo da justiça,⁵² (ii) o

⁴⁸ “A pobreza engendra inúmeras relações de dominação entre pessoas e grupos sociais: o mais pobre é forçado a se submeter àquele que pode lhe dar alguma coisa. As habitações sub-humanas das periferias das grandes cidades são verdadeiros quistos sociais, ‘terras sem lei’, controladas por xerifes ou quadrilhas de bandidos. Se o Estado não for capaz de dotar essas comunidades do acesso efetivo à educação, à saúde, à segurança, à paz pública e ao trabalho lícito, ele não estará assegurando o acesso ao direito”. GRECO, op. cit., pp. 13-14.

⁴⁹ “Mais importante ainda, no campo das relações Estado-cidadão, é o espontâneo e direto reconhecimento pelo Estado dos direitos dos cidadãos, a cujo respeito correspondam deveres, obrigações, serviços ou atividades do Estado e de seus agentes. O nosso Estado se acostumou a dizer ‘não’ ao cidadão. Perdeu por completo a noção de que ele é o prestador de serviços à coletividade. Continua mantendo a relação autoritária de soberano a súdito, característica do absolutismo sepultado pela Revolução Francesa. [...] Se o próprio Estado perdeu a noção de que a sua função é a de prover ao bem comum da sociedade, do qual é ele servidor, e não cumpre os seus deveres para com os membros da sociedade, desrespeitando a todo momento os seus direitos, todo o tecido social se contamina, e a ética do respeito aos direitos alheios em troca do recíproco respeito pelos outros aos seus é substituída pela prevalência da deslealdade e da esperteza, tanto em relação aos direitos dos concidadãos como também em relação aos do próprio Estado”. GRECO, op. cit., p. 16.

⁵⁰ “Essas regras [privilégios processuais, impossibilidade de execução específica das condenações judiciais pecuniárias, parcelamento dos precatórios instituído pela Emenda Constitucional 30/2000] consagram, por via indireta, uma inaceitável imunidade do Estado ao cumprimento das condenações judiciais, porque verbas não são incluídas no orçamento, por ação ou omissão do Executivo ou do Legislativo. Ser credor do Estado não vale nada, pois ele não paga, a não ser fora da justiça, e muitas vezes com o emprego de expedientes escusos. No dia em que se acabar com essa imoral imunidade estatal, a corrupção cairá brutalmente”. GRECO, op. cit., p. 17.

⁵¹ GRECO, op. cit., pp. 18-20.

geográfico, decorrente da imensidão do território nacional (há Estados em que as partes têm de percorrer dezenas e até centenas de quilômetros para comparecerem à sede do juízo territorialmente competente, por meios de transporte caros, precários e demorados) e da impossibilidade de colocar pelo menos um juiz ao alcance de qualquer cidadão, e (iii) o *burocrático*, decorrente do desaparecimento da máquina judiciária: má remuneração e falta de formação técnico-processual dos serventuários, inadequação da estrutura para fazer frente à massa de demandas submetida à sua apreciação, a implicar demora para a prolação de sentenças e para a simples juntada de petições ou emissão de pareceres pelo Ministério Público, e o progressivo abandono da oralidade e distanciamento do juiz, a minar o direito do cidadão de entrevistar-se pessoalmente com o magistrado.

Por fim, GRECO diz que o conteúdo do acesso à Justiça como direito à tutela jurisdicional efetiva de todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico “é implementado através das chamadas *garantias fundamentais do processo* ou do que vem sendo denominado de *processo justo*”. Após referir extenso rol de garantias,⁵³ ressalta: (i) o patrocínio por um advogado para exercício da *defesa técnica* (componente da ampla defesa) – o que acarreta custo para as partes e costuma pôr em desvantagem técnica os pobres defendidos por advogados dativos, (ii) o contraditório participativo, como “direito de influir eficazmente na decisão através de um diálogo jurídico, com ampla oportunidade de oferecimento de alegações e de produção de provas, que sejam efetivamente consideradas pelo julgador”, (iii) decisões rápidas em prazo razoável, (iv) juízes independentes e responsáveis, e (v) acesso à jurisdição constitucional.⁵⁴

Na feliz síntese feita por FABIO TENENBLAT, “O acesso à justiça representa a possibilidade de todos exercitarem a cidadania plena e se beneficiarem de uma ordem jurídica igualitária e justa” (só a universalidade de acesso pode caracterizar um Estado

⁵² No Brasil, o art. 5º, LXXIV, da Constituição assegura aos pobres a assistência gratuita, disso decorrendo a isenção de custas e a assistência de um Defensor Público, mas, além de a Defensoria não estar bem estruturada em todo o país, mesmo onde ela existe, a classe média fica excluída, tendo de arcar com despesas que pesam no seu orçamento.

⁵³ GARANTIAS INDIVIDUAIS:

1. Acesso amplo à Justiça por todos os cidadãos; 2. Imparcialidade do juiz; 3. Ampla defesa; 4. Direitos do pobre; 5. Juiz natural; 6. Inércia; 7. Contraditório; 8. Oralidade; e 9. Coisa julgada.

GARANTIAS ESTRUTURAIS:

1. Impessoalidade da jurisdição; 2. Permanência da jurisdição; 3. Independência dos juízes; 4. Motivação das decisões; 5. Igualdade concreta; 6. Inexistência de obstáculos ilegítimos; 7. Efetividade qualitativa; 8. Procedimento legal, flexível e previsível; 9. Publicidade; 10. Legalidade estrita no exercício do poder de coerção; 11. Prazo razoável; 12. Duplo grau de jurisdição; e 13. Respeito à dignidade humana.

⁵⁴ GRECO, op. cit., pp. 20-24.

substancialmente democrático), enquanto “o acesso ao Poder Judiciário representa apenas uma das condições necessárias à realização da justiça, uma garantia instrumental”, para que a tutela dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos, possa ser promovida quando houver lesão potencial ou efetiva a eles.⁵⁵

1.4 A superação de obstáculos ao acesso ao Poder Judiciário

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO apresenta quatro princípios que informam o acesso à Justiça:⁵⁶

(i) O princípio da *acessibilidade* pressupõe a existência de pessoas (sujeitos de direito) capazes de estar em juízo (direito à informação sobre os direitos e sobre como utilizá-los), sem óbices de natureza financeira (superação dos custos como obstáculo), manejando adequadamente os instrumentos legais judiciais e extrajudiciais existentes (legitimação adequada para a obtenção de bom desempenho), a fim de possibilitar, na prática, a efetivação dos direitos individuais e coletivos.

(ii) O princípio da *operosidade* demanda que as pessoas que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial atuem da forma mais produtiva e laboriosa possível, mediante atuação ética (do juiz, dos advogados e das partes, dentre outros) e utilização correta dos instrumentos e meios processuais (apresentação de petição inicial hígida, cumprimento dos prazos, não criação de incidentes desnecessários, produção apenas das provas indispensáveis à comprovação dos fatos relevantes, busca da verdade real, tentativa constante de conciliação).

(iii) Segundo o princípio da *utilidade*, o processo deve assegurar ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e proveitosa possível, com menor sacrifício para o vencido, o que é instrumentalizado mediante os seguintes fatores: (a) superação da dicotomia segurança *versus* celeridade, binômio a ser aquilutado caso a caso, no curso do processo, (b) utilização das espécies de tutela de urgência, (c) concretização da execução específica como regra, adotando-se a

⁵⁵ TENENBLAT, Fabio. *Abuso no Acesso ao Judiciário: custos econômicos e sociais*. Dissertação de Mestrado em Economia. Rio de Janeiro: UFRJ, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=189921>, p. 10.

⁵⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 57-101.

execução genérica apenas excepcionalmente, (d) fungibilidade da execução, (e) alcance subjetivo da coisa julgada e (f) limitação da incidência das nulidades, como corolário do princípio da instrumentalidade do processo.⁵⁷

(iv) O princípio da *proporcionalidade* dita que, quando houver dois interesses em conflito (no que diz respeito à legitimidade das partes, às tutelas de urgência, à distribuição do ônus da prova, à admissão de provas ilícitas, à fungibilidade da execução e à coisa julgada), o julgador deve projetar e examinar os possíveis resultados, e optar pela proteção do interesse mais valioso, assim entendido como aquele que mais se harmoniza com os princípios e os fins que informam o ramo do Direito em que se inserem.

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO narra que, no Brasil, foram adotadas basicamente duas linhas de concretização, pela via legislativa, do acesso à Justiça: a primeira consistiu na criação e desenvolvimento de mecanismos de tutela de interesses metaindividuais (tais como a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e outras ações coletivas, previstas não só na Lei nº 7.347/1985, mas também no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros); a segunda, a abreviação dos procedimentos tradicionais (mediante supressão de fases desnecessárias e aprimoramento da redação dos dispositivos legais para evitar que divergências de interpretação atrasassem o processo) e a simplificação de alguns procedimentos, principalmente aqueles que versavam sobre pequenas disputas na área cível e infrações de menor potencial ofensivo, na área criminal, por meio da adoção de princípios como oralidade, imediatidade, concentração e informalização, todos envoltos em uma atmosfera conciliatória.⁵⁸

A Constituição de 1934 instituiu a Justiça do Trabalho (a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, deu ênfase à via da conciliação extrajudicial para dirimir conflitos, previu uma ação coletiva e instituiu procedimento simplificado, rápido e informal para os dissídios individuais, privilegiando a conciliação e a oralidade), criou a ação popular (que, no entanto, só foi regulamentada três décadas depois pela Lei nº 4.717/1965) e a assistência judiciária para os necessitados (regulamentada pela Lei nº 1.060/1950).⁵⁹ Na década de 80 houve outro movimento de transformação legislativa: a Lei nº 6.938/1981, que, ao regular a Política

⁵⁷ PINHO, op. cit., p. 15.

⁵⁸ PINHO, op. cit., p. 11.

⁵⁹ CARNEIRO, op. cit., pp. 37-41.

Nacional de Meio Ambiente, legitimou o Ministério Público para promover ação de responsabilidade por danos ambientais; a Lei nº 7.019/1982 criou o procedimento de arrolamento de bens em caso de partilha amigável, evitando o inventário tradicional; a Lei nº 7.347/1985 disciplinou a ação civil pública para proteger o meio ambiente, o consumidor, e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.⁶⁰ A Lei nº 7.244/1984, precedida pela experiência bem-sucedida dos Conselhos de Conciliação, instalados pela Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, instituiu os Juizados de Pequenas Causas, rompendo paradigmas e atendendo de maneira inovadora a uma série de finalidades de ampliação do acesso à Justiça, sintetizadas por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO:

- a) descentralizar a justiça para que ficasse mais próxima, menos misteriosa e desconhecida da população em geral, favorecendo, especialmente, o acesso das classes menos favorecidas;
- b) privilegiar a conciliação extrajudicial como meio de pacificação e de resolução de litígios;
- c) ser o palco para a resolução de causas de pequena monta, que praticamente não eram levadas à justiça tradicional, de sorte a garantir em todos os níveis o exercício pleno da cidadania e, ainda, evitar a criação de justiças paralelas e não oficiais;
- d) incentivar a participação popular na administração da justiça, através da contribuição de pessoas do próprio bairro, nas resoluções dos conflitos;
- e) servir de referência de pólo, onde as pessoas do povo pudessem ter informações sobre os seus direitos em geral, e como fazer para torná-los efetivos;
- f) ser gratuita e rápida, desburocratizada, informal, equânime e efetiva;
- g) desafogar a justiça tradicional.⁶¹

A Constituição da República de 1988 representou outro avanço: (i) consagrou o princípio da igualdade material como objetivo fundamental da República, tendo como meta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, (ii) alargou a assistência judiciária para transformá-la em assistência jurídica integral e gratuita, passando a compreender também a assistência extrajudicial e orientação jurídica, (iii) elevou a Defensoria Pública a instituição essencial à Justiça, (iv) constitucionalizou a ação civil pública como instrumento hábil à defesa de direitos difusos e coletivos, (v) criou novos instrumentos destinados à defesa coletiva de direitos (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, outorga de legitimidade aos sindicatos e entidades associativas para a defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos de seus filiados), (vi) reestruturou e fortaleceu o Ministério Público como órgão essencial à Justiça, (vii) criou a justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos, com mandato de quatro anos, com competência para habilitação e celebração de

⁶⁰ CARNEIRO, op. cit., pp. 46-47.

⁶¹ CARNEIRO, op. cit., pp. 46-47.

casamentos, atividades conciliatórias e outras previstas em lei, (viii) instituiu Juizados Especiais.⁶²

Posteriormente, houve o advento da Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor (modificando a lei da ação civil pública), das Leis nº 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009, criando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, os Juizados Especiais Federais e os Juizados Especiais da Fazenda Pública, da Lei nº 9.307/1996 – Lei de Arbitragem, das Leis Complementares nº 75/1993 e 80/1994, regulando, respectivamente, o Ministério Público da União e a Defensoria Pública, e da Lei nº 8.625/1993, regulando o Ministério Público. No que diz respeito ao Código de Processo Civil, foi e continua sendo objeto de sucessivas reformas.⁶³

Entretanto, a concessão de vantagens para a superação dos obstáculos ao Judiciário deve ser progressiva e cautelosa, pois “toda vez em que o legislador foge desse equilíbrio para facilitar o acesso à justiça, corre o risco de estimular o demandismo, vale dizer, o abuso do direito de demandar”.⁶⁴

1.5 O custo da máquina judiciária constitui limite à sua expansão

Para a compreensão das dificuldades estruturais do Poder Judiciário como peça-chave do sistema de garantia de direitos, faz-se útil breve incursão à doutrina de STEPHEN HOLMES e CASS SUNSTEIN a respeito do *custo dos direitos*:⁶⁵ todos os direitos – não só os direitos sociais, como também os *direitos de liberdade* – têm um custo, porque sua satisfação direta e sua garantia demandam prestações positivas por parte do Estado, isto é, consomem

⁶² CARNEIRO, op. cit., pp. 48-49.

⁶³ Encontra-se em tramitação projeto de lei visando a instituir novo Código de Processo Civil.

⁶⁴ GRECO, *Instituições* v. I, p. 436.

⁶⁵ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co., 1999. Até hoje, passada mais de uma década, a obra permanece inédita em português, devendo-se a divulgação de suas idéias, no Brasil, a FLÁVIO GALDINO (*Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005) e a GUSTAVO AMARAL (*Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009). Isto não obstante, o tema do custo dos direitos, da reserva do possível e das limitações orçamentárias lentamente ganha espaço no Brasil, com a publicação, por exemplo, da obra coletiva *Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”* (organizada por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010) e de *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos* v. I – *Reserva do Possível* (SGARBOSSA, Luís Fernando. Porto Alegre: Fabris, 2010).

recursos materiais intrinsecamente escassos.^{66 67} Na feliz expressão dos autores, tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez dos referidos recursos públicos⁶⁸ – e, diante do reconhecimento da escassez de recursos para a satisfação de todas as necessidades, as decisões alocativas ocorrem principalmente na arena política.⁶⁹

A ignorância sobre os custos dos direitos para o Estado é nefasta porque encobre as discussões acerca das opções políticas (e, por conseguinte, econômicas) levadas a efeito pelos poderes públicos.^{70 71 72} A aferição dos custos permite o “redimensionamento da extensão da

⁶⁶ “SUNSTEIN e HOLMES argumentam que não existe a propriedade privada sem a ação pública, sem prestações estatais positivas. Na verdade, a expressão ‘respeito à propriedade’, enquanto dever negativo do Estado, conduz a uma compreensão equivocada do fenômeno. Para os autores, o Estado não reconhece simplesmente a propriedade; o Estado verdadeiramente cria a propriedade. O direito de propriedade depende de um arsenal normativo de criação contínua e perene por parte de agentes políticos, em especial juízes e legisladores (trata-se, portanto, a toda evidência de uma prestação fática). Ademais a proteção ao direito de propriedade depende diariamente da ação de agentes governamentais, como sejam, por exemplo, bombeiros e policiais. Todos os agentes antes referidos, de soldados-bombeiros a senadores da República, passando pelos magistrados, são mantidos (e pagos!) pelo Erário Público, com recursos levantados a partir da tributação imposta pelo Estado, consubstanciando o seu trabalho em uma prestação manifestamente pública – principalmente: positiva – indispensável à configuração e manutenção do direito de propriedade. (...)

O mesmo se dá em relação a outras liberdades tipicamente individuais deveras caras à sociedade norte-americana e tradicionalmente consideradas puramente negativas, como, por exemplo, a liberdade de expressão e a liberdade de contratar, e também em relação a direitos políticos (como o “sagrado” direito de votar, por exemplo), todos expressamente referidos na obra em comento como essencialmente dependentes de prestações positivas (e custosas) do Estado. Assiste total razão aos autores.” GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, pp. 208-209.

⁶⁷ “Direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandariam investimento de recursos, nem sempre disponíveis. Esses direitos, também referidos como prestacionais, se materializam com a entrega de determinadas utilidades concretas, como educação e saúde. É certo, todavia, que já não prevalece hoje a idéia de que os direitos liberais – como os políticos e os individuais – realizam-se por mera abstenção do Estado, com um simples *non facere*. Pelo contrário, produziu-se já razoável consenso de que também eles consomem recursos públicos. Por exemplo: a realização de eleições e a organização da Justiça Eleitoral consomem gastos vultosos, a exemplo da manutenção da polícia, do corpo de bombeiros e do próprio Judiciário, instituições importantes na proteção da propriedade”. BARROSO, op. cit., p. 6, nota de rodapé 3.

⁶⁸ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co., 1999, p. 94 *apud* GALDINO, op. cit., p. 210.

⁶⁹ “[...] é necessário levar em consideração o fato de ser a sociedade pluralista, com diversos valores, interesses e, em consequência, múltiplas necessidades a serem atendidas, e, principalmente, o grau de essencialidade da pretensão frente a situação de momento”. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 227-228.

⁷⁰ HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., pp. 24 e ss *apud* GALDINO, op. cit., pp. 204-205.

⁷¹ “Em obra que versa sobre a parcialidade da Constituição norte-americana, ou, mais precisamente, sobre a parcialidade da interpretação que lhe dá a Suprema Corte daquele país, SUNSTEIN já criticava as decisões fundadas na dicotomia negativo/positivo. Com efeito, as decisões da Suprema Corte orientavam-se, com efeito, no sentido de que as liberdades individuais estão garantidas pela Constituição, precisamente por independerem de atuação estatal, ao passo que as provisões destinadas a assegurar o bem-estar (*provision of welfare*), que dela dependem, não estariam garantidas pela Constituição. Tal orientação, anota o autor, funda-se em premissa equivocada, a qual serve, na verdade, para encobrir os fundamentos de justiça distributiva que o país adota – que protege apenas uma parte do povo americano.

proteção devotada aos direitos, tendo como parâmetro as condições econômicas de dada sociedade”, para “trazer maior qualidade às escolhas públicas em relação aos direitos”, “permite escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos”.⁷³

Como “nada que custe dinheiro pode ser absoluto”, por este ponto de vista “direitos são relativos, não pretensões absolutas”. Logo, “nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às conseqüências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis”.^{74 75} Isto se aplica, por óbvio, também à expansão da própria máquina judiciária.

FLÁVIO GALDINO adere à conclusão de que todos os direitos são positivos e de que não há direitos que independam de custo – na feliz expressão que dá título à sua obra, “direitos não nascem em árvores” – e preconiza a superação da idéia de que os custos são meros óbices externos aos direitos, propondo sejam encarados como meios, como pressupostos de realização (e, portanto, de existência prática) dos direitos. Não há que se

A verdade, anota o autor, é que a Constituição protege alguns direitos e outros não, e a linha divisória entre os direitos positivos e os negativos é estabelecida pelas Cortes judiciais de forma a manter – sob a falsa aparência da neutralidade – os critérios tradicionais de distribuição dos bens sociais (que o autor chama inspiradamente de *status quo neutrality*) (SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 68-70), favorecendo uma parte dos indivíduos em detrimento dos demais.” GALDINO, op. cit., pp. 205-206.

⁷² Na mesma linha, VICENTE DE PAULO BARRETTO sustenta ser falacioso o argumento segundo o qual o custo dos direitos sociais prestacionais – e apenas destes – representaria óbice para sua efetivação, pois “ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais. Não podemos nos esquecer do alto custo do aparelho estatal-administrativo-judicial necessário para garantir os direitos civis e políticos. Portanto, a escassez de recursos como argumento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais”. BARRETTO, Vicente de Paulo. “Reflexões sobre os Direitos Sociais”, *O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, pp. 204-205.

⁷³ GALDINO, op. cit., pp. 205-206.

⁷⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co., 1999, p. 97, *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 78-79.

⁷⁵ “Isto não significa que as decisões devam ser feitas por contadores, apenas que funcionários públicos e cidadãos democratas têm que levar em conta os custos orçamentários. As finanças públicas são uma ciência ética porque nos forçam a levar em conta, de modo público, os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos fazer, a explicar o que pretendemos abrir mão em favor de objetivos mais importantes. A teoria dos direitos, se espera capturar o modo pelo qual as estruturas do regime de direito e o governo atuam, deve levar essa realidade em conta. Tribunais que decidem sobre a efetividade e eficácia de pretensões em casos específicos também fundamentarão suas decisões com mais inteligência e transparência se, de forma imparcial, admitirem o modo pelo qual os custos afetam o propósito, a intensidade e a consistência da efetividade dos direitos. A teoria legal seria mais realística se examinasse abertamente a competição por recursos escassos que passa necessariamente entre diversos direitos básicos e também entre direitos básicos e outros valores sociais.” HOLMES; SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, p. 97, *apud* AMARAL, op. cit., pp. 78-79.

falar em “exaustão orçamentária” como fator de frustração de direitos, porque os recursos públicos são captados em caráter permanente. O que realmente constitui um limite imposto pela realidade para a concretização (para a existência prática) dos direitos é a escassez de recursos para fazer frente simultaneamente a toda e qualquer prestação demandada: a limitação de um direito decorre da *opção política* de não investir nesse direito todos os recursos disponíveis (e os ainda indisponíveis, mas em vias de captação), face à necessidade de despender recursos para a concretização de outros direitos igualmente importantes: governar, legislando e executando o orçamento, é realizar escolhas trágicas;^{76 77} ter isto em mente é imprescindível para a evolução de uma consciência de responsabilidade social.⁷⁸

⁷⁶ “[...] ao dizer-se que o orçamento público não pode suportar determinada despesa, *in casu*, destinada à efetivação de direitos fundamentais, e tendo como parâmetro a noção de custos como óbices, quer-se necessariamente designar *um* orçamento determinado. Isso porque os recursos públicos são captados em caráter permanente – a captação não cessa nunca, de forma que, a rigor, nunca são completamente exauridos. Assim sendo, nada obstará a que um outro orçamento posterior assumisse a despesa em questão. [...]”

O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar dinheiro com aquele mesmo ‘direito’.

A compreensão dos custos como meios de promoção dos direitos, e a observação empírica de que tais meios são insuficientes para atender a todas as demandas, leva necessariamente à conclusão de que não é propriamente a ‘exaustão da capacidade orçamentária’ que impede a realização de um determinado direito subjetivo fundamental (embora isso também seja possível). O referido argumento usualmente presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que tenham deixado do universo do possível a tutela de um determinado bem invocando na qualidade de ‘direito’ fundamental.

[...]

Por estas razões, [...] parece conveniente considerar a sugestão de CASS SUNSTEIN e STEPHEN HOLMES consoante a qual os custos devem integrar previamente a própria concepção do direito (subjetivo) fundamental, isto é, os custos devem ser trazidos para dentro do respectivo conceito, conduzindo àquele ‘conceito pragmático de direito subjetivo fundamental’ a que nos referimos antes [...]

De fato, parece correto sustentar que não se deve afirmar a existência de um direito fundamental *determinado*, ou seja, o direito de uma *determinada pessoa* receber uma *determinada prestação* quando seja absolutamente impossível, sob prisma prático e econômico-financeiro, realizá-lo. [...]”. GALDINO, op. cit., pp. 234-235.

⁷⁷ “[...] Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investir em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais. [...]”. BARROSO, op. cit., item 41, p. 24.

⁷⁸ “[...] a atribuição de direitos contribui para elevar o grau de responsabilidade dos indivíduos.

Em primeiro lugar, os direitos e os deveres são, segundo os autores, absolutamente indissociáveis. Desse modo, a consciência de um direito significa, *ipso facto*, a percepção direta do dever correlativo.

Em segundo lugar, [...] somente uma errônea compreensão dos direitos (que ignore seus custos) pode sustentar a tese de que os mesmos geram irresponsabilidade em relação aos deveres correlativos. Assim, a falsa idéia de que alguns direitos nada custam, ou são gratuitos, essa sim gera irresponsabilidade.

De outro lado, sustentam SUNSTEIN e HOLMES que uma correta compreensão dos direitos estimula a responsabilidade em relação aos deveres para com a comunidade. O reconhecimento de que todos os direitos possuem custos quase sempre elevados (isto é, são custeados por escassos recursos captados na coletividade de cada indivíduo singularmente considerado), e de que os recursos públicos são insuficientes para a promoção de todos os ideais sociais – impondo o sacrifício de alguns deles, implica também o reconhecimento de que aqueles (os direitos) devem ser exercitados com responsabilidade.” GALDINO, op. cit., pp. 213-214.

Pois bem. A atividade jurisdicional é serviço prestacional do Estado, sujeito, como qualquer outra atividade, a limites orçamentários (que restringem a contratação de servidores públicos, o pagamento de peritos e a produção de outras provas, bem como dificultam a manutenção satisfatória das Varas existentes e a criação de novos juízos), além da particular dificuldade de preenchimento de quadros qualificados por concurso público. As custas recolhidas são insuficientes para sustentar o funcionamento (e expansão) da estrutura judiciária: houvesse a intenção de pleno ressarcimento das despesas estatais, a taxa teria valor elevadíssimo que inviabilizaria o acesso ao Judiciário.⁷⁹

A conscientização dos litigantes e de seus advogados a respeito do custo da atividade judiciária, da impossibilidade de expansão ilimitada da quantidade de juízos, e do impacto que cada processo novo tem sobre o tempo de tramitação da totalidade de processos em curso poderia contribuir para fazer aflorar maior responsabilidade no uso do serviço, contribuindo para racionalizar o acesso ao Poder Judiciário, com vistas a não contribuir para o agravamento dos *obstáculos burocráticos*.

⁷⁹ A Súmula 667/STF enuncia que “Viola a garantia constitucional do acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”. No sentido de buscar a uniformização de critérios para quantificação das custas, principalmente quanto ao seu valor máximo, o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça produziu o estudo “Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional” (disponível para consulta em <<http://www.cnj.jus.br/dpj/seer/index.php/CNJA/article/view/36>>), a fim de subsidiar a elaboração de projeto de lei, conforme notícia Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13483&Itemid=675>.

2 DEMANDISMO E SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO

2.1 Demandismo

Resta muito a enfrentar em termos de obstáculos ao acesso à Justiça, mas houve relevantes esforços de facilitação de acesso ao Judiciário, visando dar vazão à litigiosidade contida (demanda reprimida):⁸⁰ a concessão de assistência jurídica aos necessitados (Lei nº 1.060/1950), a criação lenta mas progressiva das Defensorias Públicas, a interiorização crescente das Varas (inclusive da Justiça Federal), o rito dos Juizados Especiais (dispensa parcial de advogado, gratuidade do processo – inclusive quanto aos honorários de sucumbência – no primeiro grau de jurisdição).

Estas medidas, contudo, não bastaram para assegurar aos jurisdicionados a desejada celeridade e decisões com fundamentação adequada, e surtiram indesejado efeito colateral: o acesso indiscriminado, às vezes irresponsável, e até abusivo à via judicial, estrangulando a capacidade de processamento dos órgãos judiciários.⁸¹ O ajuizamento de ações sem critério, ao sobrecarregar a estrutura judiciária, torna-a mais lenta, menos eficiente, e, assim, inviabiliza a tramitação e solução de outros processos em tempo razoável.⁸²

⁸⁰ A expressão *litigiosidade contida* foi empregada e difundida por KAZUO WATANABE ao tratar dos antigos Juizados de Pequenas Causas: “Esses conflitos podem ser distribuídos, a grosso modo, em dois grupos: 1) os conflitos que são canalizados para o Judiciário para a solução estatal e autoritativa; 2) os conflitos que ficam completamente sem solução, muitas vezes até pela renúncia total do direito pelo prejudicado. É o que podemos denominar de ‘litigiosidade contida’, fenômeno extremamente perigoso para a estabilidade social, pois é um ingrediente a mais na ‘panela de pressão’ social, que já está demonstrando sinais de deteriorização do seu sistema de resistência [...]”. WATANABE, Kazuo. “Filosofia e Características Básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas”, in WATANABE, Kazuo (coordenador), *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985, p. 02.

⁸¹ FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO (“Garantias do Processo Justo nos Juizados Especiais Cíveis”, in MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. “Garantias do Processo Justo nos Juizados Especiais Cíveis”, in MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; ROCHA, Felipe Borring (organizadores), *Juizados Especiais Cíveis: novos desafios*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010) menciona que “Na reportagem de Laura Antunes ‘A má-fé que está por trás de ações que chegam aos juizados especiais’ (*O Globo*, 4/5/3005, p. 21), há o relato de que um cidadão acabou preso, depois de tentar processar a mesma empresa de ônibus 93 vezes. Em outro caso, conta-se que o dono de um gato pediu indenização por danos morais em face de seu condomínio, pelo fato de seu animal ter se machucado ao cair da varanda, fundamentando que deveria haver rede de proteção. Encontra-se ainda na mesma reportagem a notícia de que, no XXI Juizado Especial da cidade do Rio de Janeiro, um rapaz pedia indenização em face do motel, em virtude de ter ‘falhado’ com a namorada, constrangido ao verificar que o local não possuía todo o conforto que dizia ter na propaganda”.

⁸² O demandismo não é a única causa da morosidade e da crise do Poder Judiciário. Em mensagem eletrônica postada no Grupo de Pesquisas coordenado pelo Professor LEONARDO GRECO na UERJ, DIOGO ASSUMPCÃO REZENDE DE ALMEIDA elencou diversas outras, adiante resumidas:
(i) incapacidade ou falta de vontade do Executivo de assumir suas responsabilidades (o que resulta num Judiciário que precisa fazer valer todos os tipos de direito), política dos entes públicos de impor, em regra, às suas procuradorias o dever de recorrer sempre, e falta de postura proativa das agências reguladoras, que não

Enquanto LEONARDO GRECO chama de *demandismo* o abuso do direito de demandar, o ajuizamento de lides temerárias,⁸³ FABIO TENENBLAT se refere a *abuso na utilização do Poder Judiciário* de forma a designar não só atividades ilícitas, como também para abranger “determinados comportamentos individuais dos agentes (jurisdicionados) – esperados sob o prisma econômico e formalmente legítimos do ponto de vista jurídico – que, quando tomados em conjunto, levam a resultados muito abaixo do ótimo coletivo”.⁸⁴

O motivo regular, normal, para a litigância é a convicção de que um direito foi ou está na iminência de ser ferido. Entretanto, outras motivações possíveis incluem:⁸⁵

-
- impõem às concessionárias de serviço público uma postura mais correta (ocasionando infinidade de demandas para reparar danos sem que a causa deles seja atacada);
 - (ii) excessivos privilégios do Estado como litigante, especialmente no que concerne ao sistema de precatórios;
 - (iii) parte dos juízes se sente numa posição assistencialista e busca promover igualdade social por meio do processo;
 - (iv) forma de remuneração de servidores inadequada, que não os estimula a produzir (falta de plano de metas);
 - (v) sistema inadequado de tutela coletiva;
 - (vi) falta de visão macro dos juízes, que só pensam no caso em si, sem pensá-lo como precedente e sem considerar as conseqüências econômicas;
 - (vii) questão cultural brasileira de não realizar acordos e falta de promoção adequada de instrumentos capazes de alcançá-los;
 - (viii) corrupção;
 - (ix) despreparo técnico de alguns advogados.

⁸³ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 436.

⁸⁴ TENENBLAT, Fabio. *Abuso no Acesso ao Judiciário: custos econômicos e sociais*. Dissertação de Mestrado em Economia. Rio de Janeiro: UFRJ, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=189921>, pp. 24-25.

Explica o autor:

“A chamada tragédia do bem comum, igualmente ajuda a esclarecer o conceito de abusividade. No modelo, descrito por Hardin (1968), imagina-se um pasto aberto a todos. O comportamento esperado de cada pastor (agente racional) é tentar manter neste pasto o maior número de cabeças de gado possível, de forma a maximizar o seu lucro. A resposta à pergunta se vale ou não a pena acrescentar mais um animal ao rebanho tem dois componentes. O componente positivo advém do aumento de um animal e, como o pastor recebe todos os lucros da venda, seu valor é praticamente igual a 1. O elemento negativo é uma função da redução da produtividade decorrente da entrada de mais um animal no pasto.

No entanto, uma vez que os efeitos desta redução são compartilhados por todos os pastores, o resultado individual negativo de qualquer decisão tomada por um pastor é apenas uma fração de -1. Assim, ao somar os valores parciais, o pastor racional conclui, a cada vez, que seu lucro aumentará se acrescentar mais outro animal a seu rebanho. No entanto, a esta mesma conclusão chega cada um dos demais pastores que compartilha o recurso comum. E é aí que reside a tragédia: o pasto tem capacidade de alimentar um número limitado de animais, ao passo que cada homem é compelido a aumentar seu rebanho ilimitadamente. Nas palavras de Hardin (1968, p. 4), ‘a ruína é o destino para o qual correm os homens, cada um perseguindo seus interesses em um mundo que acredita na liberdade dos recursos comuns’.

O abuso na decisão do pastor de agregar mais um animal a seu rebanho, *mutatis mutandis*, faz-se presente no comportamento do potencial jurisdicionado que decide propor uma ação judicial inconsistente. Ambos comportam-se de maneira racional e visam apenas à maximização de seus ganhos, sendo que, ao agir assim, provocam resultados danosos para toda a coletividade.”

⁸⁵ SANTOS, Hermílio; TIMM, Luciano Benetti (coordenadores). *Demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil*. Trata-se de estudo levado a efeito por equipe interdisciplinar da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, a pedido do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, e não está disponível no site da PUC-RS, do CNJ nem em canto algum da internet, mas seu resultado em tópicos pode ser consultado em

- (i) os baixos custos de acesso e de risco (é um bom negócio “apostar” no ajuizamento de ação judicial se não custa muito e se os riscos são mínimos),
- (ii) a perspectiva de ganhos, principalmente em causas repetitivas⁸⁶ (há milhares de ações indenizatórias em curso; nem sempre os autores sofreram prejuízo, eles querem apenas lucrar, uma vez que outros já lucraram em situações parecidas), e
- (iii) o uso instrumental (vários entrevistados admitiram usar ações judiciais para coagir a outra parte a fazer um acordo ou para tentar obter um amparo protelatório).

TENENBLAT divide as *formas de abusividade* nas seguintes categorias:⁸⁷

- (i) *Litigância incosequente*, de baixa ou nenhuma probabilidade de êxito, problema que se torna especialmente visível nas ações de massa a respeito das quais já há

<http://www.escoladaajuris.org.br/cam/2011/maio/Luciano/PUCRS_CNJ_27_05_2012.pdf>, bem como há notícia sobre a pesquisa em <<http://www.niaajuris.org.br/index.php/artigos/199-diagnostico-e-solucoes-uso-instrumental-da-justica-causa-morosidade>>.

⁸⁶ A respeito do potencial efeito multiplicador de cada nova ação ajuizada contra o Poder Público (mas não só contra o Poder Público, como também em todos os processos de massa), escreve FABIO TENENBLAT: “Para melhor entender tal efeito, vejamos o que ocorreu em relação ao reajuste de 28,86%, concedido em janeiro de 1993 aos militares de escalões superiores das Forças Armadas. Naquela época, vigia um dispositivo constitucional que assegurava a revisão de remuneração de servidores civis e militares, na mesma data e sem distinção de índices (a redação original do art. 37, X da Constituição foi alterada pela Emenda Constitucional nº 19/1998). Assim, não demorou muito para aparecerem na Justiça Federal as primeiras ações individuais de servidores públicos civis não contemplados pelo reajuste.

A partir das decisões judiciais favoráveis aos autores nestes primeiros casos – o pleito era consistente, pois houve, como visto, afronta ao referido dispositivo da Constituição -, deu-se a propositura de centenas de milhares de outros processos cujo objeto relacionava-se ao índice de reajuste de 28,86%. Grupos de potenciais autores se formaram, sindicatos e associações de servidores públicos propuseram ações coletivas para resguardar o direito de seus associados, advogados se mobilizaram para captar clientes, numa verdadeira corrida ao Judiciário.

O problema é que, juntamente com aqueles que, efetivamente, faziam jus ao reajuste de 28,86%, correram à Justiça Federal, num segundo momento e cada vez em maior número, pessoas que não tinham direito algum ao referido índice, entre outras razões, porque seus vencimentos já haviam sido reajustados à época, por terem recebido os valores devidos mediante acordo administrativo (após a questão ter sido pacificada no Judiciário, o Governo reconheceu que o reajuste de 28,86% era devido e pagou parceladamente os atrasados a todos os servidores que aderissem aos termos propostos) ou por sequer serem servidores públicos em janeiro de 1993. Até processos de segurados do INSS reivindicando a incidência do índice de 28,86% sobre seus benefícios previdenciários foram ajuizados.

O resultado desta multiplicação desenfreada é que, no momento (2010), ainda tramitam na Justiça Federal milhares de feitos atinentes ao reajuste de 28,86%, concedido – repise-se – em janeiro de 1993. E o mais incrível: até hoje, passados mais de 17 anos da efetiva lesão e estando há muito prescritos quaisquer direitos que porventura houvesse (o prazo de prescrição, nesta hipótese, é de cinco anos), são ajuizados novos processos com este objeto.

Situações assim, infelizmente, são comuns no Judiciário. Apenas para mencionar alguns dos casos mais conhecidos de ações em massa (epidêmicas), há atualmente em tramitação nas varas e tribunais do país milhões de processos versando, por exemplo, sobre expurgos de caderneta de poupança, FGTS e cruzados novos bloqueados, sendo certo que, em grande parte deles, o resultado final em nada beneficiará os autores. Porém, uma vez que os custos de ajuizamento são ínfimos e a eventual sucumbência – como se verá adiante – não acarreta ônus concreto algum para os autores, os processos continuam a ser ajuizados.” TENENBLAT, op. cit., pp. 21-22.

⁸⁷ TENENBLAT, op. cit., pp. 36-49.

jurisprudência pacífica, mas, por desinformação, o autor ainda assim ajuíza a ação.⁸⁸ A litigância incosequente está em diversas ações com pedido de indenização de danos morais, já que a jurisprudência majoritária (a) autoriza a parte autora a não especificar na petição inicial qual o valor da indenização pretendida, transformando o processo em uma aposta gratuita (e o juiz pode acabar arbitrando indenização superior à considerada justa pelo próprio prejudicado), (b) reconhece ao autor interesse processual em apelar da sentença, qualquer que seja o valor da indenização arbitrada pelo juiz, e (c) reputa o autor vencedor, qualquer que seja o valor da indenização fixada (mesmo quando o pedido é certo e determinado e a indenização fixada pelo juiz foi muito inferior a ele), sempre condenando o sucumbente ao pagamento integral das custas e honorários (Súmula 326/STJ).

(ii) *Intuito protelatório*, sendo comum que (a) os advogados criminalistas procurem retardar a marcha processual em busca da prescrição ou para postergar o trânsito em julgado de decisões condenatórias e, com isto, manter o réu em liberdade, que (b) empresas que costumam contrair empréstimos bancários para reforçar seu capital de giro não queiram acelerar o andamento do processo nem o pagamento do valor a que foram condenadas, pois as taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras são mais altas que aquelas impostas pela lei processual (na seara tributária, a edição periódica de leis de remissão ou anistia parcial das dívidas vencidas torna o retardamento do processo um excelente negócio para o mau contribuinte), que (c) as pessoas beneficiadas por uma decisão interlocutória busquem usufruir por longo tempo os seus efeitos (por exemplo, o devedor de financiamento habitacional que obtém liminar determinando redução expressiva no valor da prestação para aquém do valor médio de aluguel, ou o cliente de uma operadora de plano de saúde que, por tutela antecipada, ganha cobertura para o tratamento que havia sido negado), principalmente tendo em vista o bom acolhimento jurisprudencial da teoria do fato consumado,⁸⁹ e que (d) advogados remunerados por mês não se importem com o

⁸⁸ TENENBLAT cita como exemplos a Súmula 154/STJ, que não contribui em nada para esclarecer quais são os requisitos indispensáveis para a procedência do pedido de condenação da Caixa Econômica Federal ao pagamento de juros progressivos nas contas de FGTS, e a Súmula 252/STJ, que induz os titulares de contas de FGTS a crer que teriam direito, a título de expurgos inflacionários, a diferenças outras que não a de 16,64% em janeiro de 1989 e de 44,80% em abril de 1990. A obtenção de dados sobre as contas na Caixa também nem sempre é fácil, de modo que, na dúvida, é mais rápido e barato para a parte dar início a um processo que, nos Juizados Especiais Federais, não lhe custará nada, mas tomará tempo e dinheiro do Judiciário.

⁸⁹ Com sólidos argumentos contrários à banalização da teoria do fato consumado, confira-se FERREIRA, Odim Brandão. *Fato Consumado. História e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

tempo de tramitação, chegando a impedir a realização de acordos que poriam fim ao processo com vantagens para ambos os lados.⁹⁰

(iii) *Processo como fim em si mesmo*, quando a razão principal do ajuizamento da ação é prejudicar a parte contrária (ser réu em processo cível ou penal é, por si só, bastante desagradável, gerando transtornos psicológicos, dispêndios elevados com a defesa e desgastes na imagem pública).

(iv) *Processos com fins ilícitos*, como, por exemplo, reclamação trabalhista em que há conluio entre as partes (empregado e empregador) para forjar tempo de serviço (e de contribuição) a fim de antecipar a aposentadoria do reclamante, processo de guarda de menor cujo único fim é pôr a criança na condição de dependente (para habilitá-la a receber pensão em caso de morte de quem detém a guarda), ou pedido de alteração de registro civil por meio do qual o autor pretende livrar-se de processos penais.

(v) *Abusividade reflexa*, decorrente da conduta deliberada de fornecedoras de produtos e serviços (serviços bancários, de telefonia, de luz, água, gás), assim como do Poder Público, que ocupam posições de destaque no *ranking* das pessoas mais demandadas justamente porque não primam, em seu planejamento estratégico, pelo respeito ao Direito, uma vez que “sai mais barato fazer acordos judiciais com os relativamente poucos que vão a juízo (ou pagar os valores decorrentes das sentenças) do que investir na melhoria da qualidade do atendimento ou do produto para a satisfação de todos” (transformando o Poder Judiciário no SAC – serviço de atendimento ao consumidor dessas empresas).⁹¹

⁹⁰ O art. 17, IV e VII, do Código de Processo Civil permite a aplicação de multa por litigância de má-fé, mas as sanções são aplicadas com baixa frequência pelas razões já referidas em nota anterior.

⁹¹ “[...] estaríamos diante de uma ‘litigiosidade exacerbada’, ou ‘incontida’? Estaríamos vivenciando um o fenômeno oposto, ‘vitimando’, agora, o Estado, que se mostra impossibilitado de conceder a tutela jurisdicional devida?”

Obviamente, não. O jurisdicionado – agora mais protegido e mais informado – não pode ser responsabilizado pela sua atuação. O exercício regular da postulação em juízo não pode representar uma conclusão indevida sobre o excesso de utilização da via judicial, como se fosse o exercício de uma atividade prazerosa. Os indiscutíveis abusos cometidos por instituições bancárias, administradoras de cartões de crédito, seguradoras, administradoras de planos de saúde etc., foram apenas ‘denunciados’. Em outros termos, passaram a ser considerados porque foram revelados. As interpretações outrora unilaterais do ordenamento jurídico, diga-se de passagem nem sempre feita por quem detenha capacidade técnica para tanto, passaram a constituir o objeto de demandas, considerando que, indiscutivelmente, foram e são hábeis a criar conflitos de interesses. Principalmente o cidadão-consumidor passou a deduzir suas “contidas” pretensões, até porque, conforme referido, passou a ser mais informado.” VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes. “Litigiosidade Contida (e o Contingenciamento da Litigiosidade)”. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

2.2 Alguns fatores que contribuem para o demandismo

2.2.1 Concessão indiscriminada de gratuidade de justiça

A gratuidade de justiça visa evitar que gastos pecuniários inibam o acesso ao Judiciário; em contrapartida, “pode estimular perseguições ou o demandismo, pois o litigante não sofre qualquer restrição econômica ao seu ingresso em juízo, nem incorrerá em qualquer prejuízo se perder a causa”,⁹² problema que também se faz sentir quando as custas são de valor ínfimo e principalmente nos Juizados Especiais:

Outras vezes, há distorções em razão de as despesas serem muito baixas, como nos juizados especiais, em que as partes não pagam custas no primeiro grau de jurisdição. A fixação de custas em valores muito baixos favorece o *demandismo*, o ajuizamento de lides temerárias. Isso porque o aventureiro, que se utiliza dos serviços judiciários para impedir o gozo de direitos alheios ou para molestar possíveis adversários, sente-se pouco estimulado a ingressar em juízo, uma vez que, derrotado no processo, pouco ou nada perderá.

Então, a busca desse ponto de equilíbrio tem de ser permanente, e, toda vez em que o legislador foge desse equilíbrio para facilitar o acesso à justiça, corre o risco de estimular o demandismo, vale dizer, o abuso do direito de demandar.⁹³

As pessoas obedecem, em suas formas de agir, a critérios de racionalidade, tomando decisões com base na ponderação entre custos e benefícios, com vistas à obtenção dos maiores ganhos possíveis, e isto vale para as decisões referentes ao ajuizamento de processos e para a interposição de recursos. O Código de Processo Civil determina que os vencidos paguem aos vencedores as despesas que estes anteciparam e os honorários advocatícios, ressalvados os casos de justiça gratuita – mas o que a lei processual claramente estabeleceu como hipótese de exceção (gratuidade) tornou-se mais freqüente que a regra geral, em função de três fatores principais.⁹⁴

(i) A Lei nº 1.060/1950 (na redação dada ao art. 4º pela Lei nº 7.510/1986) atribui presunção relativa de veracidade à simples afirmação do litigante de que “não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”,⁹⁵ e, com exceção da Justiça dos Estados (onde é comum o

⁹² GRECO, *Instituições* v. I, p. 434.

⁹³ GRECO, *Instituições* v. I, p. 436.

⁹⁴ TENENBLAT, *op. cit.*, pp. 33-36.

⁹⁵ “Uma analogia elucidativa seria a situação em que todos os motoristas do Rio de Janeiro tirassem seus carros da garagem ao mesmo tempo num dia chuvoso, ainda que fosse somente para dar um passeio ou efetuar um deslocamento de curtíssima distância. Não há irregularidade alguma neste comportamento; entretanto, sob a ótica coletiva, o efeito é um desastre.

juiz determinar a apresentação de cópias de contracheque, declaração de imposto de renda ou outros documentos comprobatórios da hipossuficiência), na Justiça do Trabalho e na Justiça Federal praticamente não se faz qualquer verificação,⁹⁶ sendo bem maior o percentual de processos em que a gratuidade é concedida (tendo conhecimento disto, o jurisdicionado pode ser convencido por advogados menos escrupulosos a ajuizar ação mediante apresentação de declaração de hipossuficiência sem ser verdadeiramente carente, para eximir-se do risco de pagamento em caso de sucumbência).

(ii) Os arts. 54 e 55 da Lei nº 9.099/1995 dispensam a cobrança de custas e honorários no primeiro grau de jurisdição dos Juizados Especiais, salvo nos casos de litigância de má-fé (regra que vale também para os Juizados Especiais da Fazenda Pública e para os Juizados Especiais Federais);⁹⁷

[...] qual seria o efeito de uma lei que permitisse a circulação de veículos, nos dias de chuva, apenas em caso de necessidade, atribuindo ao próprio motorista o poder de decisão quanto à existência ou não da necessidade? Provavelmente, o efeito prático seria desprezível, já que poucos motoristas, querendo utilizar o carro, deixariam de fazê-lo por considerarem desnecessária sua utilização. Por outro lado, o resultado poderia ser outro, se fossem estabelecidos alguns critérios objetivos, isto é, se a lei explicitasse o conceito de ‘necessidade’ (distância mínima a ser percorrida, utilização para deslocamento de crianças, enfermos ou idosos, ausência de meios de transportes coletivos nas proximidades, etc.). Como se verá adiante [...], a lei brasileira que disciplina a gratuidade na utilização dos serviços do Poder Judiciário (Lei nº 1.060/1950) não estabelece critério objetivo algum, deixando o próprio beneficiário em potencial decidir acerca da necessidade ou não de auferir o benefício. Nessas circunstâncias, não é de se estranhar o absurdo número de ações com gratuidade processual, que, na Justiça Federal, considerando os juizados especiais, passa de 80% [...].” TENENBLAT, op. cit., pp. 25-26.

⁹⁶ Uma das causas desta diferença de tratamento relaciona-se, provavelmente, ao fato de os recursos auferidos com custas na Justiça Federal e na Justiça do Trabalho reverterem para a conta única do Tesouro Nacional ou para o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen). Por sua vez, os valores cobrados na esfera estadual são substancialmente maiores (vide tabela, referente ao ano de 2010), e parcelas significativas deles são destinadas a órgãos e entidades que guardam vinculação com as atividades dos operadores de direito (juízes, advogados, procuradores, etc.).

Tabela 3: Valores mínimos e máximos de custas judiciais

	Valor Mínimo	Valor Máximo
Justiça Federal	R\$ 10,64	R\$ 1.915,38
Justiça Estadual do Rio de Janeiro	R\$ 49,13	R\$ 22.335,26
Justiça Estadual de São Paulo	R\$ 82,10	R\$ 49.260,00

Fonte: Conselho da Justiça Federal (CJF) – <http://www.jf.jus.br/cjf/>; TJRJ – <http://www.tjrj.jus.br/> e TJSP – <http://www.tj.sp.gov.br/> .

Diante da diferença na destinação da arrecadação e da disparidade dos valores envolvidos, não é de se estranhar que na esfera federal conceda-se a gratuidade quase que automaticamente, mediante mera declaração de pobreza.

⁹⁷ O problema da gratuidade nos Juizados Especiais foi agravado com a alteração da redação original do art. 8º da Lei nº 9.099/1995 – que assegurava apenas a presença de pessoas físicas na condição de autor (excluídos oscessionários de direitos de pessoas jurídicas) – de modo a permitir que diversas pessoas jurídicas também se valessem do rito sumaríssimo:

(iii) O art. 25 da Lei nº 12.016/2009, positivando orientação consagrada pelas Súmulas 512/STF e 105/STJ, afasta a possibilidade de condenação do sucumbente em mandado de segurança ao pagamento de honorários advocatícios, razão pela qual muitas pessoas que jamais poderiam se beneficiar da gratuidade processual valem-se desta via para propor ações milionárias contra o Poder Público, pagando apenas o valor das custas (limitado, na esfera federal, a R\$ 1.915,38).⁹⁸

“O desvirtuamento do principal objetivo da justiça do cidadão, que sempre foi o de dirimir conflitos existentes entre pessoas físicas hipossuficientes, pela via da conciliação ou através de um procedimento absolutamente oral, simples, informal, célere e gratuito, iniciou-se com a edição da Lei 9.841/99 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) que conferiu às microempresas, pessoas jurídicas, legitimidade para proporem ações nos juizados especiais cíveis. A Lei complementar 123/06 (art. 89) revogou expressamente a Lei 9.841/99 e nada obstante manter a legitimidade ativa das microempresas nos juizados, ampliou a deturpação do escopo da instituição, estendendo tal legitimidade também às empresas de pequeno porte (artigo 74).

Posteriormente, desferiu-se outro golpe no sistema, com a promulgação da Lei 12.126/09 que, alterando o artigo 8º da Lei 9.099/95, admitiu que outras pessoas jurídicas figurassem como autoras, como as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip) e as sociedades de crédito ao microempreendedor.

Essas leis, a par de ferir de morte a própria razão da lei de pequenas causas, transformaram os juizados em ativos ‘balcões de cobrança’, requintados instrumentos de pressão de empresários, empresas e sociedades, algumas, como as microempresas, de considerável expressão econômico-financeira (receita bruta anual inferior ou igual a R\$ 240 mil – artigo 3º, inciso I, da LC 123), outras, como as de pequeno porte, de altíssimo faturamento (renda bruta igual ou inferior a R\$ 2,4 milhões – inciso II). Tais empresas e organizações, sem despendem um centavo sequer, passaram a se valer dos juizados para o recebimento dos seus créditos e acerto dos seus negócios, muitas vezes acionando aqueles que deveriam ser os destinatários dessa justiça especializada, ou seja, pequenos comerciantes, modestos prestadores de serviços, microempreendedores, carentes jurisdicionados, muitos deles titulares de direitos patrimoniais de inexpressivo valor.

Alguns estados implantaram varas das microempresas, com pesada estrutura material e humana para o atendimento privilegiado a essas pessoas jurídicas que, cientes de que nos juizados é vedada a cobrança de qualquer despesa, nem mesmo correspondiam com as relativas à locomoção dos oficiais de justiça (seus ‘cobradores de luxo’), sacrificando o funcionamento dos juízos que deveriam servir, isto sim, à imensa clientela verdadeiramente necessitada, quer dizer, aquela clientela composta por pequenos litigantes que enfrentam graves obstáculos de acesso à Justiça, tais como a falta de orientação e informação essenciais à defesa de seus interesses, a morosidade na solução dos conflitos, o excesso de formalismo processual, o alto preço da demanda, a falta de condições de constituir advogado, a dificuldade de obter provas, principalmente de natureza técnica, etc.” LETTERIELLO, Rêmo. *Juizados Especiais estão em flagrante declínio*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-26/juizados-especiais-manifesto-flagrante-declinio>>.

⁹⁸ Para tentar desincentivar o emprego abusivo do mandado de segurança, adotamos, em nossa atividade judicante, o seguinte texto-padrão:

“Trata-se de mandado de segurança impetrado tanto para afastar a incidência do tributo referido na petição inicial quanto para obter autorização judicial para compensar os valores pagos nos últimos dez anos.

A petição fixou o valor da causa em patamar nitidamente incompatível com a expressão patrimonial da pretensão deduzida em juízo.

O mandado de segurança deveria se prestar, segundo a Constituição e seu regramento infraconstitucional, a sanar ilegalidades recentes e manifestas, mas a prática o desfigurou, com o apoio da jurisprudência dos Tribunais Superiores, para permitir que o impetrante-contribuinte possa se valer desse remédio para contestar tributos que já vêm sendo cobrados há mais de 120 dias, bem como para pleitear a compensação de quantias recolhidas há anos.

Ao optar pelo mandado de segurança, o impetrante-contribuinte se beneficia tanto da prioridade de processamento determinada pelo art. 20 da Lei nº 12.016/2009 (e, com isso, em uma vara federal cível, atropela os demais processos prioritários, como aqueles envolvendo idosos, incapazes, verbas de caráter alimentar *etc*) quanto da possibilidade de apresentar seus argumentos – mesmo que desprovidos de qualquer solidez – sem assumir grandes riscos, já que, por força do art. 25 da mesma lei, salvo na hipótese de litigância de má-fé, a denegação da ordem não acarreta a obrigação de pagar honorários de sucumbência (nos casos em que a tese tributária defendida encontra eco na jurisprudência dos Tribunais Superiores, os contribuintes costumam deixar o

2.2.2 Incentivo à litigiosidade pelos meios de comunicação

O jornalismo exercido de forma séria e responsável pode ser um meio importantíssimo de conscientização das pessoas a respeito de seus direitos. Principalmente quanto às ações de massa, jornais impressos e noticiários radiofônicos e televisivos podem contribuir para informar (i) quem é titular (em tese) de direito e quem não é, (ii) qual o prazo prescricional a que está sujeita a pretensão, (iii) a documentação necessária para comprovação do direito alegado e (iv) os meios de obter a satisfação do direito sem precisar recorrer ao Poder Judiciário.

Em contrapartida, o jornalismo pode espalhar o pânico e levar milhares de pessoas desinformadas a bater – ou arrombar – às portas do Poder Judiciário, como quando divulgou, a poucos dias do fim do prazo prescricional, a possibilidade de poupadores recuperarem as perdas dos expurgos inflacionários dos Planos Bresser e Verão, ou quando fez o mesmo com relação ao iminente vencimento do prazo decadencial de cinco anos para ajuizamento de ações revisionais de benefícios previdenciários mantidos pelo Regime Geral de Previdência Social.⁹⁹

mandado de segurança de lado e optar pelo rito ordinário, pois, em sendo certa a procedência do pedido, preferem não abrir mão do recebimento dos honorários).

O mínimo que se pode fazer para coibir abusos é fiscalizar a compatibilidade entre o valor da causa e a vantagem patrimonial que o Impetrante pretende auferir, de modo que tal valor sirva de parâmetro para o correto recolhimento das custas e para fixar multas em caso de eventual litigância de má-fé ou interposição de recursos protelatórios (arts. 18, 538, parágrafo único, e 557, § 2º, do CPC).

[...]

Do exposto, INTIME-SE o impetrante para, no prazo de cinco dias, emendar a inicial, atribuindo à causa valor condizente com sua pretensão, e recolhendo as custas correspondentes, sob pena de extinção.”

⁹⁹ Neste último caso, o caos gerado pela informação divulgada poucos dias antes do fim do prazo quinquenal foi decisivo para que o Presidente da República editasse a Medida Provisória nº 138/2003, aumentando o prazo de cinco para dez anos, como foi expressamente registrado na sua exposição de motivos:

“No que se refere ao art. 103 da Lei nº 8.213, de 1991, a Medida Provisória nº 1.523-9, de 27 de junho de 1997, inovou o direito previdenciário ao alterar esse dispositivo da Lei de Benefícios para instituir o prazo decadencial de dez anos para todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que o segurado tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. No entanto, a Medida Provisória nº 1.663-15, de 22 de outubro de 1998, convertida na Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, alterou novamente o dispositivo, para fixar em cinco anos o prazo decadencial.

A inovação mostrou-se necessária à medida que a própria Administração deve seguir prazos para promover a revisão de seus atos, não sendo, portanto, adequado que inexistisse qualquer limitação à revisão de atos provocada pelo interessado. No entanto, houve excesso por parte do legislador, ao unificar os prazos dos institutos da decadência e da prescrição.

No atual momento, o problema se acentua, em face da proximidade do vencimento do prazo decadencial ora em vigor que tem levado milhares de cidadãos a procurar as agências da Previdência Social e órgãos do Poder Judiciário, notadamente dos Juizados Especiais Federais. Há, por parte da sociedade em geral, em todo o país, clamor quanto aos efeitos que decorrerão da manutenção do prazo decadencial ora previsto, que atingiria milhares de cidadãos, os quais, por não terem oportunamente exercido seu direito de pleitear a revisão, por

Informações sobre direitos, teses novas acolhidas por decisões judiciais e modelos de petição inicial para ajuizamento nos Juizados Especiais podem e devem ser divulgados de forma clara (direcionada ao público leigo) e precisa:¹⁰⁰ inadmissível é o emprego do Direito como chamariz sensacionalista – e deturpado – para aumentar a venda de jornais.¹⁰¹

2.2.3 Advogados que não filtram as demandas infundadas

O advogado é indispensável à administração da Justiça (art. 133 da Constituição da República de 1988) e à representação das partes em juízo,^{102 103} razão pela qual exerce *munus*

desconhecimento ou falta de acesso à Justiça e à Previdência seriam impedidos de fazê-lo posteriormente. Agrava o fato a circunstância de que em algumas localidades importantes, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro, o último dia do prazo que vinha sendo noticiado pelo meios de comunicação será feriado local (dia 20 de novembro).

Cumpra, todavia, esclarecer que o prazo decadencial, nos termos do próprio artigo 103 da Lei nº 8.213, de 1991, não se completa, para todos os segurados, em 20 de novembro de 2003, mas em cinco anos a contar da data em que o segurado tomou conhecimento de decisão indeferitória definitiva, no âmbito administrativo, ou a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação. Vale dizer, portanto, que para a esmagadora maioria, o termo final se daria, mantida a atual legislação, a partir de 1º de dezembro de 2003, como já tem alertado o próprio Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, aos segurados.

Há que se registrar, contudo, que as inúmeras modificações ocorridas ao longo dos últimos anos na legislação previdenciária têm exigido grande esforço do Poder Judiciário e dos próprios segurados, no sentido de aquilatar a extensão de seus eventuais direitos. Tal situação tem gerado muitas demandas, as quais, na vigência do atual prazo, tendem a multiplicar – pela simples pressão de que haveria uma decadência do direito de revisão – a formulação de pedidos no exíguo prazo que estaria por findar.”

¹⁰⁰ A propósito, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região deixa disponível para download em <<http://www.trf3.jus.br/manualacom/index.htm>> o guia prático *Noções de Direito para Jornalistas*.

¹⁰¹ “A mídia igualmente exerce papel importante na multiplicação do número de ações, ao dar destaque a decisões judiciais - ainda que isoladas - em favor de aposentados, contribuintes, categorias profissionais, consumidores, etc. [...]

Evidentemente, o apelo comercial quando se trata de liminares, sentenças e acórdãos em sentido contrário é reduzido e, por isso, tais decisões raramente fazem-se presentes no noticiário. Há veículos de comunicação que, inclusive, mantêm colunas especializadas, entre outras finalidades, com o objetivo de informar sobre caminhos de se obterem na Justiça ganhos financeiros. [...]

É certo que os direitos de trabalhadores, consumidores, contribuintes ou de qualquer grupo de pessoas, quando lesados, merecem integral reparação. Assim, sob este aspecto, não se pode questionar o valor da atuação das mencionadas entidades, dos advogados e até mesmo da imprensa, quando alertam para possíveis lesões a direitos, apontam os caminhos para a reparação e propiciam facilidades para o ajuizamento de ações reparatórias. Estas atividades inegavelmente contribuem para a ampliação do acesso a justiça. Por outro lado, o excessivo número de processos inconsistentes retarda o julgamento das demais ações, prejudicando aqueles que efetivamente precisam do Judiciário para ver seu direito reparado.” TENENBLAT, op. cit., pp. 22-23.

¹⁰² São exceções à obrigatoriedade de representação por advogado: (i) a impetração de *habeas corpus* (art. 654 do CPP), (ii) as postulações realizadas junto à Justiça do Trabalho (art. 791 da CLT), (iii) as postulações perante os Juizados Especiais Cíveis nas causas cujo valor não ultrapasse vinte salários mínimos (art. 9º da Lei nº 9.099/1995) e, sem limitação, perante os Juizados Especiais Federais (art. 10 da Lei 10.259/2001) e Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 27 da Lei nº 12.153/2009 c/c art. 10 da Lei nº 10.259/2001), (iv) os requerimentos feitos ao juiz de paz (a propósito, confira-se o acórdão da ADIn 1.127), e (v) no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver (art. 36 do CPC).

público e deve ter “uma atuação ética condizente com os fins públicos que informam sua profissão, não mais se concebendo que seu compromisso esteja restrito apenas aos interesses da parte que ele representa”. Para HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, o advogado, comprometido com a defesa dos interesses do seu cliente, “atua com legítima parcialidade institucional, buscando garantir não apenas os direitos da parte, mas também a total observância do devido processo legal”, de modo que “O encontro das parcialidades institucionais opostas permitirá um ponto de equilíbrio que serve de instrumento à imparcialidade do juiz”.¹⁰⁴

O Código de Processo Civil elenca, a partir do art. 14, os principais deveres das partes e dos seus procuradores (princípios éticos do processo), incluindo “não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento” (art. 14, III). Outros parâmetros contra o mau uso do processo estão enumerados no art. 17, que reputa litigante de má-fé, dentre outros, aquele que “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso” e “usar do processo para conseguir objetivo ilegal”. Tais diretrizes dirigem-se a todos os atores do processo, mas, como as partes somente participam direta e pessoalmente de poucos atos (recebimento da citação, prestação de depoimento pessoal ou interrogatório e em audiências de conciliação), os principais destinatários são os advogados, “quem efetivamente atua no processo, as mais das vezes sem que as próprias partes saibam como.”¹⁰⁵

Na mesma toada, a Lei nº 8.906/1994 caracteriza como infração disciplinar, dentre outras condutas, “advogar contra literal disposição de lei” (presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior) (art. 34, VI) e “prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la” (art. 34, XVII), e obriga os advogados a cumprirem rigorosamente o Código de Ética e Disciplina (art. 33). O Código de Ética, por sua vez, impõe-lhes, dentre outras coisas: (i) “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (art. 2º, VI), (ii) “aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial” (art. 2º, VII), (iii) “informar o cliente, de forma clara e

¹⁰³ Em sentido contrário, com sólida argumentação, SILVA, Fernando Antonio de Souza e. *O direito de litigar sem advogado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁰⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 3.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 122.

¹⁰⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 70.

inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das conseqüências que poderão advir da demanda” (art. 8º), e (iv) não usar, em anúncio profissional, “termos ou expressões que possam iludir ou confundir o público” (art. 31, § 1º).

O papel dos advogados não é ajuizar ações sem critério algum; eles têm a missão de prevenir a instauração de litígios, de desaconselhar aventuras judiciais, de não incentivar o acesso dos clientes à via judicial sem antes lhes esclarecer acerca da viabilidade da demanda.¹⁰⁶ A gratuidade suprime os freios que a taxa judiciária e o risco de arcar com os ônus de sucumbência representam no tocante à propositura de demandas infundadas, a reforçar a importância de os advogados – sem exageros¹⁰⁷ – filtrarem as demandas manifestamente inviáveis, desestimulando a postulação em juízo quando seus clientes estiverem destituídos de razão. Diz LEONARDO GRECO:

[...] a Defensoria Pública também certamente examina, com bastante tolerância, a viabilidade da demanda, para que a gratuidade não se transforme em incentivo a demandas injustas, criando embaraços ao pleno gozo dos direitos pelos seus titulares e sobrecarregando a justiça com postulações fadadas ao fracasso.

[...]

Nos sistemas europeus de assistência judiciária, normalmente exige-se alguma comprovação da viabilidade da postulação do assistido. Essa exigência é passível de críticas, porque pode levar a algumas injustiças. Quando a inviabilidade de êxito da demanda do assistido é aferida pelo próprio juiz, isso implica praticamente um pré-

¹⁰⁶ “Seja como for, a formulação de uma nova base que assegure o acesso à justiça passa, necessariamente, pela colocação de princípios norteadores de um novo comportamento dos advogados em face das partes e, também, de como eles devem atuar no processo.

Não se concebe mais hoje em dia que o compromisso do advogado esteja unicamente restrito aos interesses, quaisquer que sejam eles, das partes que representam. Ele exerce um munus público considerado indispensável à administração da justiça pelo legislador constituinte (art. 133 da CF). Assim, deve ter uma atuação ética condizente com os fins públicos que informam a sua profissão e, portanto, do próprio processo enquanto instrumento essencial à realização da justiça. Seria um contra-senso admitir e qualificar alguém como essencial para um determinado fim e ao mesmo tempo permitir que este alguém pudesse ter um comportamento que prejudicasse ou que colocasse em risco tal desiderato.

O advogado também é responsável, cabendo-lhe indagar quais os objetivos de seus clientes e os fins que eles pretendem alcançar com o processo, para avaliar se, do ponto de vista ético, deve ou não aceitar a defesa. Não se concebe que o advogado possa, a pedido de um cliente, utilizar o processo para alcançar objetivos que contrariem a lei, como: criar mecanismos para fraudar o fisco; retardar injustificadamente o andamento do processo; apresentar provas – documental, testemunhal ou qualquer outra – que saiba serem falsas, e assim por diante.

O ponto fundamental desta nova relação, da parceria advogado/cliente, é a de que o advogado não se torna imune a compromissos éticos com a justiça, na medida em que ele aceita o patrocínio, a defesa, de algum cliente. Assim, é preciso que ele torne bem claro quais são os limites de sua atuação, e deles, salvo motivos excepcionais, não se desvie.” CARNEIRO, op. cit., p. 70.

¹⁰⁷ “O advogado também não pode postular direito que ele sabe não existir. Assim, o advogado que aceita a causa sabendo que o cliente não tem razão, com o único intuito de retardar o acesso ao direito por parte do seu adversário, está prestando um desserviço à justiça (art. 14, inc. III, do CPC). Ele tem de agir de boa-fé (art. 14, inc. II, do CPC).

Na verdade, o advogado não precisa estar convencido de que a defesa procede, mas ele deve ter ao menos a esperança de que ela proceda e acreditar na possibilidade de demonstrá-lo. Às vezes o cliente relata ao seu patrono uma determinada versão dos fatos, cuja veracidade não cabe ao advogado apurar, sempre que não haja nenhuma razão para que este desconfie daquele.” GRECO, *Instituições* v. I, p. 270.

julgamento do direito das partes, ao passo que, quando é avaliada por órgão diverso do órgão jurisdicional, como acontece na Itália, por exemplo, a parte pode sentir-se injustiçada porque não lhe foi permitido o acesso à Justiça, já que, na realidade, não foi o Poder Judiciário quem decidiu se a sua demanda era ou não viável.

A Defensoria Pública, em regra, realiza esse filtro; dificilmente o defensor público irá ajuizar uma demanda manifestamente inviável. Contudo, nos casos em que é dispensado o patrocínio por advogado, como ocorre nos juizados especiais e na Justiça do Trabalho, a ausência de um exame acerca da viabilidade da causa pode escancarar as portas do judiciário para demandas manifestamente infundadas. Por essa razão, é importante encontrar-se um ponto de equilíbrio na fixação das custas judiciais, para que não haja obstáculos econômicos ao acesso à justiça e para que não seja estimulada a propositura de demandas inviáveis.¹⁰⁸

No entanto, a Lei nº 8.906/1994 apenas responsabiliza o advogado, solidariamente ao cliente, que a ele se coliga para lesar a parte contrária em lide temerária; no mais, o texto expresso desta lei e do Código de Processo Civil imputam às partes as sanções pelos ilícitos processuais. Trata-se de verdadeiro paradoxo, como aponta PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO: “as hipóteses de litigância de má-fé previstas na lei se concentram na atividade do advogado e não da parte”, mas apenas esta – e não aquele – é responsabilizada pelo pagamento de perdas e danos em caso de litigância de má-fé.¹⁰⁹

Sendo insuficiente o controle extrajudicial pela Ordem dos Advogados para prevenir e reprimir a atuação temerária na advocacia, surge aos poucos doutrina e jurisprudência¹¹⁰ a admitir a responsabilização solidária do advogado pelos atos abusivos praticados com dolo ou culpa na via jurisdicional, como defende CRISTIANE RODRIGUES IWAKURA, “passando o advogado a figurar não só como representante das partes em decorrência de uma relação contratual, mas também como sujeito essencial à administração da justiça”.¹¹¹ Afinal, a

¹⁰⁸ GRECO, *Instituições* v. I, pp. 457-458.

¹⁰⁹ CARNEIRO, *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁰ Contra a responsabilização direta e imediata do advogado, acórdãos mais recentes do Superior Tribunal de Justiça têm reformado os acórdãos que imputaram a multa por litigância de má-fé ao causídico: PROCESSUAL CIVIL. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. COMPENSAÇÃO COM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A pena por litigância de má-fé deve ser aplicada à parte, e não ao seu advogado, nos termos dos arts. 14 e 16 do Código de Processo Civil.

2. O advogado não pode ser penalizado nos autos em que supostamente atua como litigante de má-fé, ainda que incorra em falta profissional. Eventual conduta desleal do advogado deve ser apurada em processo autônomo, nos termos do art. 32 do Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94).

3. Precedentes: REsp 1.194.683/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.8.2010, DJe 26.8.2010; REsp 1.173.848/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.4.2010, DJe 10.5.2010.

Recurso especial provido, para afastar a litigância de má-fé.

(STJ, 2ª Turma, RESP 1.247.820, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 28/06/2011, publicado no DJe de 01/07/2011)

¹¹¹ IWAKURA, Cristiane Rodrigues. “Da Responsabilidade do Advogado pelo Abuso do Direito no Processo Civil”, in *Revista Dialética de Direito Processual* nº 76. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 19 e 27. No mesmo

representação das partes por advogados apenas será um filtro para o demandismo – e se justificará como imposição legal – se tais advogados forem qualificados e, acima de tudo, responsáveis.

Por fim, cabe ao advogado orientar seus clientes, com a intenção de obter a melhor, mais célere e menos custosa solução para seu problema, o que muitas vezes passa pelo estudo das possíveis vantagens de buscar a solução de conflitos com a Administração Pública pela via administrativa: convém, então, que o interesse no possível ganho dos honorários de sucumbência que podem ser obtidos na arena judiciária não contamine a seriedade da orientação.¹¹²

2.2.4 Resistência da jurisprudência a sancionar a litigância de má-fé

A interpretação que prevalece é no sentido de que a lei impõe que se multe a própria parte por atos de má-fé que, na maioria dos casos, decorrem de condutas dos seus advogados; disto decorre que os juízes muitas vezes deixam de aplicar a sanção, para não punir quem não teve responsabilidade direta pelo ato sancionado. Além disto, é alto o grau de subjetividade na avaliação, pelo juiz, das motivações e crenças que levaram a parte a agir, e o enquadramento de condutas como litigância de má-fé pode ser algo extremamente controverso, o que resulta em dúvidas que tendem à não imposição da multa.

O principal fator que torna raras as decisões judiciais reconhecendo a litigância de má-fé é a sua inocuidade, já que o valor da multa (1% do valor da causa, art. 18 do Código de Processo Civil) é ínfimo e que “o reconhecimento da litigância de má-fé cria um incidente processual que pode atrasar ainda mais o andamento da ação, para não mencionar a eventual execução da multa”.¹¹³

sentido, DIAS, Francisco Barros. *Litigância de má-fé: responsabilidade solidária do advogado*. Disponível em: <<https://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina134.doc>>.

¹¹² Na lista de discussão institucional da AJUFE, já houve menção ao fato de algumas partes, extremamente confiantes em seus advogados, terem obedecido a recomendação de requerer benefício previdenciário na via administrativa sem instruir tal requerimento com documento algum – bem como a não atender a intimação para complementação da documentação, tudo de modo a resultar necessariamente em indeferimento, para que, a partir disso, pudessem ter acesso à via judicial e aos honorários de sucumbência em caso de procedência do pedido (sendo que o contrato de honorários assegurava ao causídico inescrupuloso percentual significativo do valor dos atrasados, em caso de procedência do pedido).

¹¹³ TENENBLAT, op. cit., pp. 37-38.

2.2.5 Resistência da jurisprudência às ações coletivas

A respeito da importância crescente das ações coletivas para equalizar o problema do acesso à Justiça, da sobrecarga do Judiciário e das decisões contraditórias, pronuncia-se

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES:

Na verdade, a necessidade de processos supra-individuais não é nova, pois há muito tempo ocorrem lesões a direitos, que atingem coletividades, grupos ou certa quantidade de indivíduos, que poderiam fazer valer os seus direitos de modo coletivo. A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da população, dos meios de comunicação e do consumo, bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, de aposentados e pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e conseqüente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, seja na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, moradores etc., decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns.

[...]

A questão não deixa de ser, também, lógica, pois, *a priori*, os conflitos eminentemente singulares devem ser resolvidos individualmente, enquanto os litígios de natureza essencial ou acidentalmente coletiva precisam contar com a possibilidade de solução metaindividual. A inexistência ou o funcionamento deficiente do processo coletivo dentro do ordenamento jurídico, nos dias de hoje, dá causa à multiplicação desnecessária do número de ações distribuídas, agravando ainda mais a sobrecarga do Poder Judiciário. Na verdade, são lides que guardam enorme semelhança, pois decorrem de questão comum de fato ou de direito, passando a ser decididas de modo mecânico pelos juízes, através do que se convencionou chamar de sentenças-padrão ou repetitivas, vulgarizando a nobre função de julgar. [...]

Com a pulverização das ações, a causa também é fracionada e acaba não sendo, de fato, decidida por nenhum dos juízes de primeiro ou de segundo grau, na medida em que a lide está sendo apreciada, simultaneamente, por centenas ou milhares de julgadores. Conseqüentemente, apenas o pronunciamento final ou dos tribunais superiores passa a ter relevância, sob o ponto de vista da solução do conflito.¹¹⁴

Estudo sobre a tutela coletiva no Brasil¹¹⁵ constatou a inexistência de dados precisos a respeito da tutela judicial e extrajudicial dos interesses metaindividuais, o que prejudica o aperfeiçoamento legislativo e o aprimoramento de políticas públicas questionadas. Em estudo de caso referente ao questionamento da legalidade das tarifas básicas de telefonia cobrada pela concessionária local, constatou-se que, apenas no Estado de São Paulo, foram ajuizadas, de 2004 até 2007, vinte e seis ações civis públicas de objeto idêntico, sem que isto tenha

¹¹⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, pp. 29-30 e 33-34.

¹¹⁵ WATANABE, Kazuo; SADEK, Maria Tereza (consultores); FERRAZ, Leslie Shérída (coordenadora executiva); VERÍSSIMO, Marco Paulo (pesquisador responsável). *Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: ações coletivas – relatório final*. Estudo feito pelo CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais) em parceria com a Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília: 2007. Disponível em: <http://www.cebepj.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf>.

inibido o ajuizamento concomitante de milhares de ações individuais promovidas por consumidores isolados veiculando o mesmo pedido (milhares de processos que praticamente paralisaram diversos Juizados Especiais Cíveis). O Estudo constatou, ainda, a existência de relevantes controvérsias na interpretação, pelo Judiciário, das regras (ou da ausência de regras expressas) referentes a essas ações coletivas, em especial quanto aos seguintes elementos:

- (i) (im)prescindibilidade da participação da agência reguladora no processo (o que, em se tratando de agência reguladora federal, terá implicação sobre a definição do juízo competente);
- (ii) competência originária para análise das ações coletivas,
- (iii) (in)existência de litispendência ou conexão entre as várias ações e (im)possibilidade de sua reunião em um mesmo juízo,
- (iv) (im)possibilidade de suspensão ou mesmo reunião das ações individuais em um mesmo juízo, durante a pendência das ações coletivas, e
- (v) abrangência da sentença (limites subjetivos da coisa julgada) em cada uma das ações coletivas, em especial diante da duvidosa constitucionalidade da regra do art. 16 da Lei nº 7.347/1985.

Dáí porque

o sistema legal vigente, tal como interpretado pelos órgãos judiciais envolvidos no caso, mostrou-se incapaz de processar racionalmente o volume expressivo de ações coletivas concorrentes (e também individuais) ajuizadas, tendo sido incapaz, ainda, de levar a efeito um dos principais objetivos do processo coletivo: evitar o ajuizamento de milhares de ações individuais repetitivas, economizando, com isso, importantes recursos públicos e particulares (nesse último caso, tanto de consumidores quanto de fornecedores).¹¹⁶

O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/1985, de constitucionalidade questionável, exclui o cabimento de ação civil pública para “para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados” – pretendendo afastar a solução imediata de controvérsias que poderia prevenir o ajuizamento de muitos milhares de ações individuais.

A agravar a situação a respeito aos direitos individuais homogêneos – justamente aqueles que têm potencial para sobrecarregar o Poder Judiciário com uma enxurrada de pedidos idênticos – HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO observa que, após um primeiro momento de produção de julgados favoráveis à atuação do *parquet*, os tribunais

¹¹⁶ WATANABE, SADEK, FERRAZ, VERÍSSIMO, op. cit.

superiores passaram a adotar postura extremamente conservadora quanto à legitimidade ativa do Ministério Público:¹¹⁷ “negar-se ao Ministério Público a função de defender essa sociedade nas hipóteses em que há a soma de diversos direitos individuais, que acabam por se transformar num direito social, significa negar efetividade ao próprio acesso à justiça”.¹¹⁸

Registre-se que o Projeto do novo Código de Processo Civil não altera especificamente a disciplina da ação civil pública,¹¹⁹ e que o Projeto de Código de Processo Civil Coletivo (PL nº 5.139/2009 na Câmara) sofreu resistência e foi arquivado; perdeu-se a oportunidade de instituir solução legislativa para diversas questões que hoje constituem empecilhos ao desenvolvimento do verdadeiro acesso à Justiça.^{120 121}

¹¹⁷ Exemplo recente dessa postura foi a edição, no final de 2010, da Súmula 470/STJ: “O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado.”

¹¹⁸ PINHO, *Teoria Geral do Processo*, p. 428.

¹¹⁹ O que não significa que não contribua para a defesa coletiva de direitos, ao prever o incidente de resolução de demandas repetitivas.

¹²⁰ Uma vez que o Poder Legislativo abriu mão da oportunidade de regulamentar a matéria e que a pressão por soluções drásticas era crescente, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.110.549, submetido ao rito da Lei dos Recursos Repetitivos, decidiu que, no caso de existência de ação civil pública, instaurada antecipadamente, todos os processos individuais referentes ao mesmo caso devem ser suspensos.

Para justificar medida que claramente não é prevista em lei, o voto do Relator, Ministro SIDNEI BENETI, consignou, em síntese, que:

- (i) “o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem a mesma lide, que se caracteriza, em verdade, como uma macro-lide”, e “o mais firme e decidido passo recente no sentido de ‘enxugamento’ da multidão de processos em poucos autos pelos quais seja julgada a mesma lide em todos contida veio na recente Lei dos Recursos Repetitivos”;
- (ii) “Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de ajuizamento da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o prosseguimento desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide”;
- (iii) “diante do julgamento da tese central na Ação Civil Pública, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), para a extinção do processo, no caso de insucesso da tese na Ação Civil Pública, ou, no caso de sucesso da tese em aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva”;
- (iv) “Não há incongruência, mas, ao contrário, harmonização e atualização de interpretação, em atenção à Lei de Recursos Repetitivos, com os julgados que asseguraram o ajuizamento do processo individual na pendência de ação coletiva – o que, de resto, é da literalidade do aludido art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, cujo caput dispõe que ‘a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo’.”;
- (v) “não bastaria, no caso, a utilização apenas parcial do sistema da Lei dos Processos Repetitivos, com o bloqueio de subida dos Recursos ao Tribunal Superior, restando a multidão de processos, contudo, a girar, desgastante e inutilmente, por toda a máquina jurisdicional em 1º Grau e perante o Tribunal de Justiça competente, inclusive até a interposição, no caso, do Recurso Especial. Seria, convenha-se, longo e custoso caminho desnecessário, de cujo inútil trilhar os órgãos judiciários e as próprias partes conscientes concordarão em poupar-se, inclusive, repita-se, em atenção ao interesse público de preservar a viabilidade do próprio sistema judiciário ante as demandas multitudinárias decorrentes de macro-lides.”;

2.3 A sobrecarga do Poder Judiciário e suas conseqüências

2.3.1 Estatísticas do Conselho Nacional de Justiça

(vi) “No ato de suspensão não se devem levar em conta peculiaridades da contrariedade (p. ex., alegações diversas, como as de ilegitimidade de parte, de prescrição, de irretroatividade de lei, de nomeação de gestor, de julgamento por Câmaras Especiais e outras que porventura surjam, ressalvada, naturalmente, a extinção devido à proclamação absolutamente evidente e sólida de pressupostos processuais ou condições da ação), pois, dada a multiplicidade de questões que podem ser enxertadas pelas partes, na sustentação de suas pretensões, o não sobrestamento devido a acidentalidades de cada processo individual levaria à ineficácia do sistema”.

Na falta de intervenção do legislador, o Poder Judiciário tomou a frente no processo de “atualização” da interpretação do processo coletivo, sem resguardar a possibilidade de prosseguimento das ações individuais – concretizando o temor de LEONARDO GRECO a respeito da postura autoritária de certas medidas ditadas pelos Tribunais Superiores:

“– A tutela coletiva deve ser conciliada com o princípio da participação democrática, segundo o qual nenhum cidadão deve ser atingido por um ato de autoridade na sua esfera de interesses, sem ter tido uma oportunidade de influir eficazmente nessa decisão.

– A tutela desses interesses não deve criar relação de subordinação do cidadão a qualquer órgão ou grupo que não tenha investidura democrática (*Ideological plaintiff*).

– Importância da representatividade não só dos legitimados ativos, mas também do órgão jurisdicional, e da possibilidade de excluir-se da eficácia da decisão (*opt out*).

– O problema do direito de defesa e do contraditório dos membros da coletividade não presentes em juízo e a sua correlação com a representação adequada: efetiva oportunidade de ser ouvido, sob pena de a sentença não ter nenhum efeito em relação a ele: representação adequada não é necessariamente numérica.” GRECO, Leonardo. *O Papel das Tutelas Coletivas no Processo Civil Contemporâneo*. Conferência proferida em 2000, no Ciclo de Palestras “Justiça do Futuro: sugestões de um novo perfil”, na Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal, Brasília/DF. Texto-base gentilmente cedido pelo autor.

Daí porque não devem ser deixadas de lado as considerações do voto vencido do Desembargador Convocado HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO no Recurso Especial 1.110.549:

“Antes mesmo de se analisar que ação coletiva traria as conseqüências benéficas ao Tribunal de Justiça de origem, livrando-o de centenas e centenas de ações idênticas e este Tribunal Superior de iguais números de recursos que seriam incorporados a outras dezenas e dezenas de milhares de processos, não creio que se devam violar princípios fundamentais da cidadania, preconizado no inciso II do art. 1º da Constituição Federal. O DIREITO À CIDADANIA deve ser exercido nos limites da lei, certo de que ‘NINGUÉM É OBRIGADO A FAZER OU DEIXAR DE FAZER ALGUMA COISA SENÃO EM VIRTUDE DE LEI’ (ART. 5º, INCISO II da Constituição Federal).

A admissibilidade por parte do titular do direito de ação à substituição processual, disciplinada na Ação Coletiva, tem natureza facultativa.

E, sendo de natureza facultativa, não pode a ação individual sofrer suspensão impositiva, se assim não o desejar o titular do direito material.

Tem ela o direito de ver prosseguir a sua ação individual e os Tribunais não podem negar-lhe a jurisdição buscada porquanto ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, inc. XXV, CF).

[...]

De outra parte, não há como se considerar o acúmulo de ações a serem julgadas, o asoeramento dos tribunais, como princípio maior do que os direitos constitucionais assegurados ao cidadão e que a eles afrontam.

[...] não vejo como possa a titular de um direito individual ser compelida – sem lei que assim determine – a submeter-se a uma substituição processual não aceita, de ver a sua ação individual sobrestada por ato de império, por questões de natureza processual que, na essência, não lhe dizem respeito.”

¹²¹ Em defesa da “necessidade de molecularização” dos conflitos como forma de contingenciar a “atomização excessiva”, como nos casos da instituição e prorrogação da CPMF, e da legalidade da cobrança de assinatura mensal pelas empresas de telefonia, ver VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes. “Litigiosidade Contida (e o Contingenciamento da Litigiosidade)”. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARIA TEREZA SADEK identifica que, em 2004, a Justiça Federal recebeu 623.825 processos novos, enquanto em 2008 este número foi de 617.397, representando um decréscimo de apenas 1%. Na Justiça do Trabalho, nos mesmos anos, foram recebidos 2.609.650 e 3.196.058 (aumento de 22,5%), e, na Justiça dos Estados, 9.607.571 e 12.250.758 (aumento de 27,5%).¹²² Os números apenas evidenciam fato notório: o volume de novos processos distribuídos a cada ano é elevado e crescente.¹²³

Dados do mesmo estudo mostram que a taxa de congestionamento no primeiro grau diminuiu apenas 0,2% (Justiça Federal), 0,5% (Justiça do Trabalho) e 1,1% (Justiça dos Estados), apesar de o número total de magistrados haver sido majorado em 21,5%, 25,2% e 21,1%, respectivamente.¹²⁴

As informações extraídas do último relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em setembro de 2010 indicam que, de 2008 para 2009, houve aumento de 5% no número de processos novos e acréscimo de 1,4% na taxa de congestionamento quanto à Justiça Federal.^{125 126}

Dentre os óbices já apontados ao acesso ao Judiciário, o *obstáculo burocrático* diz respeito ao “desaparelhamento da máquina judiciária, decorrente da má remuneração e da falta de formação técnico-processual dos serventuários, além da inadequação da estrutura judiciária para enfrentar a massa de demandas que lhe são submetidas”.¹²⁷

2.3.2 Lentidão

¹²² SADEK, Maria Tereza. *Justiça em números: novos ângulos*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/AMB_Sadek_Justica_em_numeros_novos_angulos.pdf>, p. 2

¹²³ TENENBLAT (op. cit, p. 18) aponta que “Nos últimos 50 anos, a população brasileira triplicou, ao passo que o volume de ações em curso na Justiça aumentou 80 vezes” e que em 2007 havia cerca de 67,7 milhões de processos em tramitação no país, enquanto a população brasileira, estimada pelo IBGE, era de 184 milhões.

¹²⁴ SADEK, op. cit., p. 2.

¹²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em números 2009*. Brasília: 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>.

¹²⁶ Os dados estatísticos apurados pelo CNJ não permitem aferir se houve aumento ou não no quantitativo de processos das Varas de Fazenda Pública da Justiça dos Estados, assim como não permitem verificar as causas da Justiça do Trabalho em que a Administração Pública é ré.

¹²⁷ GRECO, op. cit., pp. 19-20.

Em decorrência da insuficiente estrutura estatal judiciária, a juntada de petições demora semanas, um simples despacho demora meses, a prolação de sentenças demora anos, em afronta à *garantia fundamental à razoável duração do processo*.

Quanto maior a sobrecarga do Poder Judiciário, menor a velocidade de processamento/julgamento de cada um dos processos em curso. O exercício irresponsável, irregular ou abusivo do direito de ação causa, por via reflexa, dano ao direito à razoável duração do processo de todos os demais jurisdicionados, como bem diz FABIO TENENBLAT:

Dentre os diversos fatores que concorrem para a ineficiência e a falta de efetividade da máquina judiciária e para a morosidade na tramitação das ações (leis anacrônicas, recursos mal empregados, interesses políticos obscuros, etc.), sem dúvida se destaca – em vários países, Brasil inclusive – o imenso número de processos que abarrotam as prateleiras de varas e tribunais. Surge, então, uma situação aparentemente paradoxal: o acesso da população ao Poder Judiciário deve ser o mais amplo possível, a fim de que se alcance a autêntica justiça, isto é, para que os direitos fundamentais proclamados se tornem efetivos; ao mesmo tempo, deve haver redução no número de ações, para que varas e tribunais possam cumprir de forma satisfatória suas atribuições constitucionais.¹²⁸

E prossegue:

[...] os custos existem e, no caso das ações judiciais, são elevados e suportados não apenas pelas partes (autores e réus) dos processos, mas também por toda a sociedade [...]. Além disso, a capacidade de produção (prolação de decisões) do Poder Judiciário é, por óbvio, limitada e, por consequência, quanto maior o número de

¹²⁸ TENENBLAT, op. cit., p. 10. Na mesma oportunidade, o autor ressalva que o paradoxo não é real, porque o problema reside na péssima distribuição do acesso ao Poder Judiciário entre a população:

“Em outras palavras, a mesma Justiça, que permanece praticamente desconhecida e inacessível para uma grande parcela do povo brasileiro, é utilizada de forma excessiva, abusiva e, muitas vezes, com fins escusos por determinados setores da sociedade.

Todavia, pode-se dizer que percentual significativo da abusividade na utilização da via judicial no Brasil decorre da esperada racionalidade dos agentes econômicos, já que os custos suportados individualmente pelos litigantes em processos judiciais são, na maioria das vezes, irrisórios ou, mesmo, inexistentes em decorrência da gratuidade processual. Por conseguinte, qualquer expectativa de ganho (chance de sucesso), por mínima que seja, faz com que um agente de comportamento racional opte pelo ajuizamento da ação.

[...]

A questão é complexa, pois nem sempre é fácil distinguir com precisão o que é ou não abusivo. Nesse contexto, torna-se fundamental estudar a abusividade e o excesso de litigância, de forma a melhor caracterizar esses fenômenos e descortinar suas causas, bem como avaliar os reflexos no número de ações judiciais em tramitação no Judiciário brasileiro e estimar os custos para a economia e para a sociedade como um todo. Igualmente se revela importante sugerir medidas a serem implementadas com o objetivo de refrear o comportamento abusivo, sem obstruir ainda mais o acesso ao Poder Judiciário daqueles que realmente dele necessitam.”

Adiante (p. 19), consigna que:

“Em consonância com as observações de Sadek, dados coletados pelo CNJ (2007) demonstram que a litigiosidade nos estados mais ricos da Federação chega a ser dez vezes maior do que nos estados da Região Norte. Não à toa, ineficiências à parte, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) – conquanto seja, de longe, a maior corte do país em número de juízes (desembargadores) – apresenta taxas de congestionamento históricas superiores à média nacional. No Brasil, portanto, o grau de complexidade das relações econômicas, a taxa de urbanização e o nível de educação (e de conscientização) da população são, entre outros, parâmetros diretamente proporcionais à quantidade de ações ajuizadas. Sob este prisma, como se percebe, a disparidade na distribuição da justiça nada mais é do que um reflexo das desigualdades econômicas e sociais do país.”

processos ajuizados mais demorada será, em média, a solução de cada um deles. Como se sabe, a celeridade é condição primordial para a efetividade das decisões judiciais, “justiça tardia não é justiça”

Restrições no acesso, por conseguinte, são essenciais para o desempenho (minimamente) satisfatório da máquina do Judiciário (importante frisar: está-se falando aqui de limitações no acesso ao Poder Judiciário, não do acesso a justiça). Com efeito, se a submissão de um pleito à apreciação judicial não acarretasse custo algum para o autor – nem econômico-financeiro, nem de ordem emocional –, a demanda seria praticamente infinita, inviabilizando o próprio funcionamento do sistema judicial.¹²⁹

A respeito dos fatores que prejudicam a rapidez do Judiciário, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO refere “um aumento vertiginoso de litígios, em contraste com um número reduzido de magistrados para julgá-los”, ao que se soma “a própria estrutura antiquada e materialmente deficiente do sistema”. Importante, portanto, combater a lentidão, pois “Quanto mais demorado for o processo, menor será a utilidade do vencedor de poder usufruir o bem da vida”, já que “O maior inimigo da efetividade nos dias de hoje é o tempo”,¹³⁰ e a sobrecarga de processos (muitos dos quais abusivamente ajuizados) é uma das questões a ser enfrentada.

2.3.3 Diminuição da qualidade do serviço

A sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário é um dos fatores que contribuem para a adoção ampla e irrestrita do processo escrito em detrimento da *oralidade*, conduzindo “a um progressivo distanciamento entre o juiz e as partes, à criação de resistências e de dificuldades ao contato das partes com o julgador e de desvalorização da palavra oral, que é o meio de comunicação mais completo”.¹³¹

CRISTIANE RODRIGUES IWAKURA pondera que “Em meio a tantos problemas, os magistrados muitas vezes se sentem reféns da situação na qual se encontram, e, sem os instrumentos adequados para o exercício de sua função pacificadora, acabam desestimulados, acomodando-se em uma rotina burocrática, sem maiores expectativas”.¹³² LEONARDO

¹²⁹ TENENBLAT, op. cit., p. 14.

¹³⁰ CARNEIRO, op. cit., pp. 80-81.

¹³¹ GRECO, op. cit., pp. 19-20.

¹³² IWAKURA, Cristiane Rodrigues. *Conciliação na Administração Pública*. Rio de Janeiro: 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=195724>, p. 36.

GRECO observa que “os mais perniciosos riscos a que se sujeitam os juízes em razão do excesso de trabalho, da rotinização das suas atividades e da falta de estímulo ao desempenho qualitativo, são o conformismo e a indiferença burocrática”.¹³³

O volume de trabalho pressiona os magistrados a aumentarem a velocidade com que apreciam os processos – e não a toa o dito popular enuncia que a pressa é inimiga da perfeição. Nas palavras de HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO:

Nesse passo, importante distinguir o utilitarismo do instrumentalismo. Buscar uma decisão rápida, por si só, apenas para atender metas matemáticas e estatísticas não significa, nem de longe, garantir o processo justo. Uma decisão rápida demais normalmente não poderá ser tomada sob premissas justas. Isto é utilitarismo processual e deve ser combatido, eis que se trata de uma praga dos tempos pós-modernos.

Em outras palavras, tudo tem que ser rápido, muito rápido, a jato, voando... O problema é que não se sabe muito bem o motivo da correria e, não raras vezes, certos atos acabam tendo que ser refeitos, eis que declarados nulos (quer por falta de fundamentação, quer por inobservância de forma prescrita em lei) pela instância superior (que, paradoxalmente, é a mesma que cobrava dos juízes que lhe são subordinados a tal pressa!).^{134 135}

Inegável o mérito da Meta 2 instituída pelo Conselho Nacional de Justiça para impor ao Poder Judiciário a conclusão da fase de conhecimento de processos anteriores a 31/12/2006, dentre outras metas de produtividade. Entretanto, elas tendem – se levadas ao extremo – a transformar as Varas em linhas de produção em série, cada vez menos capazes de adequar seu “produto” (as decisões e sentenças) às peculiaridades do caso concreto.¹³⁶

¹³³ GRECO, Leonardo. “O acesso ao Direito e à Justiça”, *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

¹³⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil. Breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10”, *Revista Eletrônica de Direito Processual* nº 06. Rio de Janeiro: UERJ, 2011. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>, p. 62.

¹³⁵ Para LEONARDO GRECO, também o sistema de recursos favorece o demandismo: “Não tenho dúvidas de que o atual sistema de recursos é bastante deficiente, se comparado com os de outros países e se avaliados os seus resultados do ponto de vista da qualidade e da credibilidade das suas decisões. Além de estimular o demandismo e a procrastinação, o nosso sistema é exageradamente formalista, criando obstáculos irrazoáveis à apreciação dos recursos e determinando a produção de decisões que, em lugar de aumentarem a probabilidade de acerto e de justiça das que pretendem rever, transformaram o seu julgamento numa verdadeira caixa de surpresas, criadora de situações absolutamente imprevisíveis para as partes e que, a pretexto do excessivo volume de processos, dão pouca atenção às questões fáticas e jurídicas suscitadas e aos argumentos dos advogados, procurando cada vez mais encontrar afinidades dos novos casos com outros anteriormente julgados pelo mesmo tribunal ou por tribunais superiores e assim, de forma simplista e absolutamente distante do litígio real, transpor fundamentos destes para aqueles, automatizando os julgamentos”. GRECO, Leonardo. “Princípios de uma teoria geral dos recursos”, *Revista Eletrônica de Direito Processual* nº 05. Rio de Janeiro: UERJ, 2010, pp. 05-06. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>.

¹³⁶ No geral, o saldo foi positivo, mas não é difícil presumir que a determinação não de celeridade, mas de pressa, fatalmente gerou atropelos, como, por exemplo, a extinção em massa de processos que, por falta de

2.3.4 Sujeição involuntária a meios alternativos de solução dos conflitos

A impossibilidade de o Estado prestar jurisdição eficiente e em tempo hábil põe em posição vantajosa quem deve e não cumpre sua obrigação, quem litiga de má-fé, quem pratica atos procrastinatórios, e termina por desacreditar o Poder Judiciário perante os cidadãos, a reforçar os *obstáculos psicológicos* ao acesso à Justiça, podendo levar as partes a radicalismos (como a busca da solução da lide pelas próprias mãos)¹³⁷ ou à defesa dos chamados meios alternativos de solução dos conflitos como panacéia.¹³⁸

Para DIOGO ASSUMPCÃO REZENDE DE ALMEIDA, no Brasil, o número de demandas ajuizadas alcançou níveis alarmantes, daí porque uma das saídas encontradas – fora os inúmeros projetos de reforma da legislação processual – vem sendo o incentivo à utilização dos denominados métodos alternativos de solução de conflitos.¹³⁹ ALMEIDA afirma que a

movimentação, estavam no arquivo provisório das Varas, conforme noticiado em <<http://www.conjur.com.br/2009-out-20/oab-protesta-extincao-sumaria-processos-feita-tj-rj>>.

¹³⁷ GRECO, op. cit., pp. 19-20.

¹³⁸ Em defesa da adoção dos métodos alternativos e da subsidiariedade do Judiciário, JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS sustenta que se deve “deixar para trás aquela visão de que um sistema só é eficiente quando, para cada conflito, há uma intervenção jurisdicional e passa-se à construção da idéia de que um sistema de resolução de conflitos é eficiente, quando conta com instituições e procedimentos que procuram resolver controvérsias, a partir de necessidades e dos interesses das partes. Ou seja, a provocação dos tribunais, que se dá em nível inicial, passaria a ter um caráter subsidiário. O sistema judicial só seria acionado depois de tentados outros métodos de resolução, a não ser que a questão envolvida versasse sobre direitos não disponíveis pelas partes envolvidas, ou que não seja aconselhado o tratamento judicial meramente subsidiário, ou seja, quando a provocação da jurisdição seja absolutamente necessária”. MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 107.

¹³⁹ ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (“Considerações sobre o processo e os juizados de pequenas causas”, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 51, 1988, p. 27) aponta que, desde a concepção dos Juizados de Pequenas Causas, a conciliação era o “objetivo primacial a ser perseguido”, e PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO (op. cit., p. 77) a considera “o instituto mais precioso dos Juizados Especiais Cíveis”. De fato, como observa CRISTIANE RODRIGUES IWAKURA (*Conciliação*, pp. 56-57), o procedimento sumaríssimo é o meio mais propício para o desenvolvimento das técnicas de conciliação, “em razão das características da informalidade, celeridade e flexibilidade do rito que lhes são inerentes, aptas a promover da melhor forma o desenvolvimento das negociações entre as partes, com a condução de um terceiro investido de função jurisdicional, capacitado e dotado de impessoalidade, que figurará não só como intermediador neutro mas também como fiscal da legalidade e razoabilidade das questões ventiladas no processo, e das propostas de acordo ofertadas, acompanhando o seu desenrolar até a quitação total das obrigações colocadas em discussão”. E prossegue IWAKURA, comentando a experiência exitosa dos mutirões de conciliação perante os Juizados Especiais Federais:

“A partir de 2007, o Movimento de Conciliação ‘Conciliar é Legal’ começa a produzir efeitos concretos, com a instalação de Gabinetes de Conciliação em vários órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Federal, e com periódicos mutirões de conciliação nas justiças de primeiro grau. A idéia dos mutirões de conciliação nas justiças de primeiro grau é propagada com maior facilidade nos juizados especiais em razão da limitação ao valor da causa e da inexistência de condenação em honorários advocatícios na primeira instância. Por meio dos mutirões, há a realização de uma ‘triagem’ dos processos em que o magistrado vislumbra uma maior chance de negociação inicial entre as partes, seja em razão da pequena complexidade das questões, seja pela existência de provas suficientes nos autos para o pronto julgamento; e, a partir daí, são marcadas audiências prévias de conciliação, reunidas em dias ou semanas específicas organizadas de acordo com os réus

jurisdição não é o mais idôneo mecanismo de composição para todas as espécies de conflito e que outros métodos – a arbitragem, a mediação, a conciliação, a avaliação neutra de terceiro e a negociação – “podem afigurar-se mais adequados dependendo da natureza do conflito e das características de cada caso” (e, dentre os meios alternativos, para cada caso, conforme a natureza do litígio, há uns inadequados e outros mais aptos a alcançar uma solução ótima).¹⁴⁰

Considerando que “a incitação à cultura de ADR vem perigosamente atrelada à inidoneidade da atividade jurisdicional para dar resposta ao número cada vez maior de demandas que recebe”,¹⁴¹ não se justifica a generalização do emprego de um único método para todos os conflitos: conforme a natureza do litígio, haverá meios alternativos mais adequados, outros inadequados, e, noutros tantos casos, a solução judicial é a que melhor resolverá o problema. Correto, então, o comentário de WALSIR EDSON RODRIGUES JÚNIOR:

O cidadão, idealmente, ao escolher qualquer forma alternativa de solução de conflitos, não o deve fazer por inacessibilidade ou ineficiência do órgão estatal, mas deve pautar a escolha pela sua livre vontade. Por isso, não basta instituir outras formas de composição de conflitos e acreditar que a crise do Judiciário estará superada. As mudanças em tal órgão são necessárias e urgentes, mas devem ser conciliadas com essa nova tendência mundial de se resolverem conflitos.¹⁴²

MAURO CAPPELLETTI considera a “justiça conciliatória ou coexistencial” capaz de produzir resultados melhores, até qualitativamente, que os do procedimento contencioso, nos casos em que o conflito é mero episódio inserido no contexto de uma relação complexa e permanente, pois a justiça reparadora tem a possibilidade de tratá-lo de modo a preservar a relação duradoura, evitando a sua ruptura definitiva. Além disto, o procedimento costuma ser

categorizados como ‘litigantes habituais’, ou seja, que figuram no pólo passivo em grande parte das demandas ajuizadas, como é o caso das empresas prestadoras de serviço público, Caixa Econômica Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Esta reunião dos processos para audiência prévia de conciliação com um réu em comum facilita bastante a operacionalização dos procedimentos (deslocamento de patronos previamente designados sem interrupções e atrasos nas audiências), bem como possibilita um maior enfoque sobre as questões peculiares de cada caso concreto, servindo a experiência de cada tentativa de conciliação como embasamento para situações semelhantes reunidas naquele mutirão.”

¹⁴⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. “O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos”, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n° 195, 2010, pp. 186-187.

¹⁴¹ ALMEIDA, op. cit., pp. 186-187.

¹⁴² RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática de mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 34-37.

mais acessível, barato, rápido e informal, e os julgadores podem ter melhor conhecimento do ambiente em que o fato surgiu e ser mais capazes de compreender o drama das partes.¹⁴³

Depois de sustentar que a decisão judicial não é adequada às áreas em que uma resposta pautada em certo ou errado poderia destruir a efetividade das relações humanas (principalmente porque o juiz não considera os aspectos pessoais das partes – seus temperamentos, o modo como percebem os aspectos da disputa, e as conseqüências do conflito sobre a relação), CAIVANO, GOBBI e PADILLA recomendam o emprego da mediação ou da negociação aos conflitos (i) policêntricos (aqueles que apresentam múltiplas situações de tensão), (ii) originados em relações continuadas, (iii) que demandam confidencialidade; (iv) permeados por questões culturais, que não seriam consideradas pela jurisdição; (v) cujo mérito envolva matérias altamente específicas, de difícil compreensão para o juiz, (vi) cuja solução jurídica é controvertida, tornando imprevisível a solução judicial; (vii) cujo custo na via jurisdicional seria excessivo; ou (viii) que dependam de solução rápida. Entretanto, consideram os métodos impositivos mais adequados aos conflitos (i) em que a pretensão de uma das partes tem grande probabilidade de êxito na jurisdição ou na arbitragem; (ii) cuja solução não deixará nenhuma das partes satisfeitas (razão pela qual elas não têm verdadeiro interesse em superar o impasse); (iii) em que uma das partes apenas pretende postergar indefinidamente o cumprimento da obrigação; (iv) em que se busca formar um precedente judicial; (v) em que pelo menos uma das partes não age de boa-fé.¹⁴⁴

A adoção de outros meios de resolução de conflitos deve repousar na vontade livre e consciente sobre as vantagens do método escolhido: daí o acerto de OWEN FISS ao expor que, quando a opção decorre de tentativa de tomar uma rota alternativa à morosidade, aos custos, à falta de qualidade da prestação jurisdicional ou a pressões outras (necessidade premente de receber um crédito para saldar uma dívida ou para tratamento de saúde, temor de que, durante a instrução probatória, venha a ser desvendado um fato inconveniente estranho à lide *etc*), isto não é “acesso à Justiça”, mas sim a concretização de uma injustiça.^{145 146}

¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 74.

¹⁴⁴ CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y Mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. 2.ed, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, pp. 70, 74 e 78-84 *apud* ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. “O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos”, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 195, 2010.

¹⁴⁵ FISS, Owen. “Contra o acordo”, *Um Novo Processo Civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Carlos Alberto de Salles (coordenador), Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.

ROBSON EGIDIO CARDOSO conclui que os movimentos que promovem a conciliação entre as partes “são importantes e devem ser prestigiados pela comunidade jurídica desde que sejam ressalvadas as vontades das partes, bem como o direito em exigir a tutela jurisdicional do Estado”, pois “as partes não podem ser coagidas a formalizarem acordo em razão da ânsia desesperada do Estado em diminuir o número de processos em andamento”.¹⁴⁷ Nos mesmos termos, a nota da ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (AASP), subscrita pelo seu então Presidente, MÁRCIO KAYATT:

Sabemos todos que conciliar é legal, mas é preciso dotar de legalidade todo o procedimento, a fim de que o produto da conciliação também seja legal, decorrente de verdadeira e legítima transação entre as partes, devidamente assistidas, e não fruto de imposição da disposição de direitos, a fim de produzir números grandiloqüentes e notícias de capa dos periódicos, que só serão legítimos se não tornados fins em si mesmos.¹⁴⁸

É neste contexto que deve ser situada a *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário* de que trata a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, impondo a criação, pelos tribunais, de núcleos permanentes de métodos consensuais – para disseminação da cultura da pacificação social e formação de conciliadores e mediadores – cujo Código de Ética (criado pela mesma norma) expressamente prevê o “Dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos

¹⁴⁶ “[...] o uso em demasia da conciliação, sem a observância das garantias processuais e sem a preocupação com a satisfação dos interesses das partes, funciona apenas como um remédio emergencial, que elimina grandes quantidades de demandas no presente, mas não consegue exterminar os conflitos de forma definitiva, postergando os problemas para um momento futuro.

Ora, a conciliação não deve ser mero mecanismo de soluções paliativas com eficácia momentânea e incompleta, pois certamente o conflito ressurgirá em momento posterior, podendo até ser agravado, e, assim, como um ‘bumerangue’, a demanda judicial ‘exterminada’ pela conciliação, com nova formatação, retornará futuramente ao Poder Judiciário.

Imagine-se este efeito ‘bumerangue’ em maiores proporções: um grande movimento conciliatório, aparentemente benéfico, pode estar apenas postergando várias discussões para um mesmo momento futuro. As demandas judiciais hoje findadas por um acordo lesivo entre as partes, ou sem a devida realização das garantias processuais a elas inerentes, não serão capazes de estabilizar as relações sociais e juridicamente envolvidas, podendo provocar mais adiante a necessidade de se rediscutir as questões pendentes.

Esta situação se assemelha ao menino que arruma o seu quarto rapidamente, colocando todos seus brinquedos de forma desordenada, em um único armário. Quando o armário se enche, as suas portas se rompem e todos os brinquedos caem ao chão, como estavam antes, ou até provocando maior desordem.

Certamente não é este o objetivo da conciliação, ao lado de outras tutelas diferenciadas que almejem a celeridade e efetividade processual. Não podem ser ignoradas as vantagens de sua utilização – é claro que com a melhoria da gestão dos processos, maior celeridade e seletividade nas tramitações e, conseqüentemente, com o ‘desafogamento’ do Poder Judiciário, haveria uma considerável melhoria na qualidade das decisões.”

IWAKURA, *Conciliação*, pp. 96-97.

¹⁴⁷ CARDOSO, Robson Egidio. *A imposição da conciliação pelo Estado como solução para a ineficiência da prestação jurisdicional*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14316>>.

¹⁴⁸ O texto da nota está Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-30/aasp_contesta_falta_advogados_semana_conciliacao>.

envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles” (art. 2º, § 3º).

2.3.5 Outras conseqüências econômicas e sociais

FABIO TENENBLAT observa que os abusos na utilização do Poder Judiciário, além da *redução de efetividade da prestação jurisdicional* (por provocar aumento no tempo médio de tramitação dos demais processos não abusivos) e do *descrédito da instituição*, têm outros reflexos no processo produtivo e no desenvolvimento econômico do país:¹⁴⁹

- (i) *aumento dos custos orçamentários* para funcionamento da máquina do Judiciário (e sua constante expansão) e para custear o amplo deferimento de gratuidade processual,
- (ii) *elevação dos custos de transação*, em decorrência de a ineficiência judiciária gerar incertezas na reparação de direitos (a falta de agilidade para recuperação de empréstimos em caso de inadimplência do devedor inibe a oferta de crédito, por elevar as despesas de cobrança e, conseqüentemente, o *spread* bancário, assim como faz florescer o apelo a serviços de proteção ao crédito e até a organizações ilegais de cobrança), e *incentivo ao comportamento oportunista e abusivo dos agentes econômicos* (que passam a contar com as dificuldades de reparação para a parte lesada como estímulo ao desrespeito aos contratos),
- (iii) prejuízos decorrentes das despesas das partes com honorários de advogados e peritos e faltas ao trabalho para participação em atos processuais, e o custo não-econômico resultante da carga psicológica configurada na angústia decorrente da incerteza do resultado e do tempo de espera até o trânsito em julgado,
- (iv) enquanto determinados segmentos sobreutilizam os serviços, aproveitando-se das oportunidades proporcionadas pelo sistema, outra enorme parcela da população

¹⁴⁹ “Esses dados demonstram que a Justiça brasileira apresenta a chamada *explosão de litigiosidade*. Como adverte Hector Fix-Fierro, ao contrário do que se pensa, esse fenômeno não decorre apenas do crescente ajuizamento de ações, mas sim **do aumento tão dramático e desproporcional no número de feitos que afeta a capacidade das Cortes processá-los com qualidade e eficiência.**

[...]

No âmbito **institucional**, ocorre a perda de projeção do Judiciário; no **social**, há a perda de confiança da população e frustração dos jurisdicionados e, no campo **político**, constata-se a desconfiança e retração do mercado financeiro, com aumento de *spreads* bancários, empréstimos ao Brasil a juros mais altos, aumento do risco dos investimentos, escassez de crédito a longo prazo, etc.” FERRAZ, Leslie Shérída. “A Demora do Judiciário e o custo Brasil”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* nº 18. Salvador: IBDP, 2009 (negritos no original). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LESLIE-FERRAZ.pdf>>.

depara-se com severas restrições de acesso, por questões culturais, desinformação, falta de recursos financeiros mínimos (até para se deslocar ao fórum).¹⁵⁰

2.4 Necessidade de racionalizar o acesso ao Judiciário

Prestigiar o acesso irrestrito à Justiça não se confunde com acesso indiscriminado ao Poder Judiciário, sob pena de estrangulá-lo e maximizar as injustiças. Como adverte J.E. CARREIRA ALVIM, a grande questão atual não é tanto de “entrada” na via judicial: “O problema é de ‘saída’, pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas ‘portas de emergência’, representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida”.¹⁵¹

Não há que se defender um processo meramente estatístico, a busca a todo custo de uma celeridade que quase é pressa, uma eficiência gerencial para produzir boas estatísticas sem atenção à qualidade dos atos decisórios.¹⁵² Por outro lado, como sustenta PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, o juiz tem participação criadora na aplicação da norma ao fato no caso concreto, devendo interpretar a lei conforme as exigências do bem comum, de

¹⁵⁰ TENENBLAT, op. cit., pp. 53-64.

¹⁵¹ ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descasso. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4078/justica-acesso-e-descasso>>.

¹⁵² “[...] o procedimento dos Juizados Especiais gera a crença de que os problemas do alto custo do processo e a demora excessiva na entrega da prestação jurisdicional são completamente afastados em relação ao procedimento ordinário, mas, simultaneamente, *esconde* os problemas gerados na busca de um processo ideal de resultados, que melhor seria aqui denominado ‘estatístico’, em face de seu compromisso com o esvaziamento de prateleiras, com a demonstração pública de que algo está sendo feito para desafogar a justiça. Tal preocupação é, sem dúvida, das mais louváveis e afinadas com a crescente demanda pelo serviço público ‘justiça’, mas impõe-se considerar a que preço os resultados colimados serão atingidos. Em outras palavras, deve-se indagar até que ponto se pode, em benefício da celeridade e da efetividade, descuidar-se de outras garantias processuais, que igualmente compõem o modelo constitucional de processo justo. A idéia perfilhada é esta: quem desampara os meios desampara também os fins. Ora, a obtenção de um resultado reconhecidamente justo pressupõe a construção de um meio justo, sob pena de retornarmos à máxima maquiavélica ‘os fins justificam os meios’.

O *processo garantístico* almeja a preservar todas as garantias de um processo justo. Nesse contexto, estão inseridos os fenômenos da constitucionalização e internacionalização dos direitos fundamentais e garantias processuais, portadores de um significado nitidamente ideológico: as nações perceberam que, se o direito não é imutável, deve ao menos possuir componentes mínimos, regras estáveis referidas a valores, capazes de refletir na administração da justiça. Como se vê, processo estatístico e processo garantístico não se excluem mutuamente. O que não se deve perder de vista, no entanto, é que um processo *meramente* estatístico será, por natureza, antigarantista.” MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. “Garantias do Processo Justo nos Juizados Especiais Cíveis”, in MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; ROCHA, Felipe Borring (organizadores), *Juizados Especiais Cíveis: novos desafios*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010), pp. 49-50.

seus fins sociais, em prol do acesso à Justiça.¹⁵³ O objetivo dos aplicadores do Direito deve ser a luta incessante em favor da efetividade da tutela jurisdicional, e a racionalização do sistema para que a efetividade se torne viável terá por reflexo a razoável duração dos processos e o julgamento sumário dos processos desnecessários.¹⁵⁴

Se o objetivo da Constituição é que os juízes possam assegurar a efetividade da jurisdição, em processos bem instruídos, com decisões bem fundamentadas e em tempo razoável, sem prejuízo da necessária expansão do número de varas, juízes e servidores,¹⁵⁵ a interpretação da lei deve racionalizar o acesso à máquina judiciária e conter o demandismo. Afinal de contas, como consignou SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA na ementa do acórdão proferido no Recurso Especial 65.906, “O processo não é um jogo de espertezas, mas instrumento ético da jurisprudência para a efetivação dos direitos da cidadania”.¹⁵⁶

¹⁵³ CARNEIRO, op. cit., p. 24.

¹⁵⁴ “Receber a tutela devida – e exatamente a tutela devida – deve, efetivamente, constituir o verdadeiro e único móvel para as alterações legislativas no campo do direito processual. Considerando os objetivos perseguidos pela incidência da atividade jurisdicional do Estado, a celeridade [...] deve constituir um “subproduto” a ser perseguido. Importante, mas ainda assim, não o principal objetivo. A segurança jurídica, sobretudo após a Emenda Constitucional n. 45/2004 e alguns dos diplomas reformadores dessa terceira fase, constitui o verdadeiro valor a ser preservado.” VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes. “Litigiosidade Contida (e o Contingenciamento da Litigiosidade)”. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹⁵⁵ “Questões relativas ao volume de casos não devem, por óbvio, ser ignoradas; o volume de trabalho presente no sistema deve ser reduzido sempre que possível. Contudo, deve-se também compreender que nunca lidaremos de maneira adequada com o problema da burocratização e com as ameaças que ela impõe à integridade do processo judicial, se o volume de casos for visto como alvo terapêutico exclusivo, ou mesmo fundamental, e outras dimensões do problema forem ignoradas. Sugiro que encaremos a questão da burocratização de uma perspectiva completamente diferente – definida a partir de duas premissas. A primeira nega que a adjudicação seja um processo anormal isolado, uma intervenção por parte do Estado, ocasionalmente exigida, para resolver uma controvérsia que desordene uma sociedade harmoniosa e justa. A adjudicação, a contrário, deve ser vista como as intervenções dos Poderes Legislativos e Executivo, como um exercício de poder coletivo necessário, em uma base quase contínua, para assegurar a conformação da vida social aos valores públicos incorporados na Constituição e outras fontes jurídicas de grande autoridade. A necessidade de intervenção judicial sempre será grande; o volume de casos do Judiciário crescerá constantemente; e as demandas propostas farão com que os juízes necessitem de uma enorme quantidade de informações. Em segundo lugar, a burocratização não deve ser vista como um fenômeno isolado que ocorre somente no Judiciário. Ela está presente em todas as formas de autoridade pública, precisamente porque está ligada ao crescente tamanho e complexidade da sociedade norte-americana. De fato, um aumento na capacidade organizacional do Judiciário (por exemplo, mais juízes e mais *staffs*) pode ser preferível às alternativas – limitação da jurisdição, o que deixaria reivindicações de justiça sem resposta, ou instituição de técnicas de produção de decisões em massa, como o estabelecimento de critérios de caráter normativo para redução de casos e decisões sumárias, que ameaçam a legitimidade do poder jurisdicional de forma ainda mais intensa.” FISS, Owen. “A burocratização do Judiciário”, *Um Novo Processo Civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Carlos Alberto de Salles (coordenador), Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, pp. 191-192.

¹⁵⁶ STJ, 4ª Turma, RESP 65.906, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, julgado em 25/11/1997, publicado na p. 93 do DJ de 02/03/1998.

3 FILTROS DE ADMISSIBILIDADE E VIABILIDADE DA DEMANDA

3.1 O direito de não ser citado em demanda infundada

Como se infere do inciso XXXV do art. 5º da Constituição, o direito constitucional de ação, para ser exercido de forma legítima (e, portanto, para justificar a atuação do Poder Judiciário), deve se destinar à defesa de direitos cuja existência seja alegada de forma consciente e sincera pela parte autora, estando condicionado também à alegação responsável da ocorrência – ou iminência – de lesão a este direito, a fim de justificar a movimentação da máquina estatal para sua proteção ou reparação.

Não é admissível, sob pena de subverter a função constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário, tolerar que, por ignorância, irresponsabilidade ou mesmo má-fé da parte autora, o processo assuma efeito contrário à pacificação social e se transforme em instrumento de violação de direitos da parte ré.

O simples recebimento de um mandado de citação atribui a qualidade de “réu” a quem é citado, inserindo-o compulsoriamente em uma relação processual e atribuindo-lhe o ônus de defender-se, situação que potencialmente acarreta os seguintes prejuízos materiais e psicológicos:

- (i) repercussão social negativa da visita do oficial de justiça entre os vizinhos;
- (ii) o susto de saber-se demandado, o que pode causar desde um simples desconforto e aborrecimento até medo e indignação (ou, em casos extremos, um enfarto);
- (iii) a tensão decorrente do esforço para rememorar a dinâmica dos fatos narrados na inicial, principalmente quando a causa de pedir referir fatos ocorridos há muito tempo (dada a extensão de alguns prazos prescricionais) ou fatos que, no momento de sua ocorrência, não aparentavam ter importância;
- (iv) a exigüidade do tempo para apresentação da resposta em juízo e a dificuldade de encontrar um advogado em tempo hábil;¹⁵⁷

¹⁵⁷ O aumento dos prazos em geral favorecerá a celeridade, pois permitirá a melhor análise, pelas partes, dos autos, evitando erros e omissões que fatalmente retardam a marcha processual; prazos demasiadamente curtos frequentemente resultam em confusões e injustiças.

A verdade é que o prazo para oferecimento de resposta pelo réu é ínfimo, e não há propostas legislativas no sentido de dilatá-lo significativamente. Não há relação necessária entre celeridade e prazos curtos: todo processo melhor formado tem maiores chances de terminar num prazo razoável, e prazos mais extensos são necessários para a correta atuação das partes. Rapidez sim, pressa não.

(v) perda significativa de tempo e de dinheiro com a contratação de advogado, com a coleta de dados e provas que instruirão a contestação, e com o deslocamento para comparecer aos atos do processo.¹⁵⁸

Se se pretende que o *acesso à Justiça* represente o *acesso a uma ordem jurídica justa*, e não acesso indiscriminado ao Judiciário, impõe-se a conclusão de que toda e qualquer pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, tem o direito de não ser importunada pelo Estado – em atenção a requerimento da parte autora de uma ação judicial – sem uma justificativa minimamente plausível. Não se pode permitir, a pretexto de assegurar o *direito constitucional de ação* (tradicionalmente referido por parte significativa da doutrina – na ânsia de afirmar e reafirmar a independência da relação processual frente à relação de direito material – como “totalmente amplo” e “incondicionado”), que a citação do réu seja determinada de forma quase automática imediatamente após a distribuição do processo. O direito do autor de exercer a ação tem limite no ponto onde começa o direito do réu – outra face do acesso à Justiça – de não ser citado (e, portanto, importunado) sem fundamento sólido; é imprescindível, então, que o juiz exerça ativamente a fiscalização da admissibilidade e viabilidade da demanda.

3.2 Filtros de admissibilidade e viabilidade da demanda

O autor, enquanto não se consumir o prazo de prescrição de sua pretensão, pode, com calma, (i) reunir as provas que apresentará, (ii) selecionar um bom advogado e (iii) redigir uma petição inicial que exponha seus argumentos da melhor forma possível. Enquanto isso, o réu, surpreendido com a citação (a maioria das pessoas – pelo menos das pessoas de bem – não tem advogado, e não sabe o que fazer quando se vê diante de um oficial de justiça), perde alguns dias se refazendo do susto (acreditando que vai ser condenada ou até presa, e angustiada por saber que terá de gastar um dinheiro significativo com o processo), outros tantos dias até descobrir o que fazer, outro tanto para negociar o valor dos honorários ou esperar atendimento na fila da Defensoria: sobra pouco para reunir provas e argumentos para a defesa.

O prazo de contestação nas cautelares, então, é absurdamente curto, assim como o prazo para prestação de informações no mandado de segurança (as informações são prestadas em dez dias, mas não raramente são complementadas posteriormente).

Aprimoramento da lei deveria fixar o prazo de resposta em, no mínimo, 30 dias, assegurada a dobra para a Fazenda Pública (sem prejuízo do requerimento de um adiantamento de resposta em prazo mais curto para, quando necessário, decidir sobre antecipação de tutela), com autorização para que o juiz dilate o prazo se a petição inicial for especialmente complexa.

¹⁵⁸ Vale lembrar que, em conformidade com algumas regras de competência, em especial aquela inscrita no art. 101 do Código de Defesa do Consumidor, o réu pode ser demandado no juízo do domicílio do autor, de modo que uma microempresa que venda pelo correio mercadorias de pequeno valor pode ser chamada a se deslocar a qualquer Vara do País.

No contexto de crescente banalização do emprego da via processual e de sobrecarga do Poder Judiciário, vê-se a retomada do exercício mais rigoroso dos filtros de admissibilidade e viabilidade da demanda. Numa sociedade de massa contaminada pela cultura do demandismo, a fiscalização da presença dessas condições passa a importar não só para evitar que o réu venha a ser importunado desnecessariamente com a citação, como também para evitar que todos os demais processos em tramitação no mesmo juízo sofram atrasos decorrentes de desperdício de tempo com o processamento de demandas fadadas ao insucesso.

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO aponta, como decorrência do *princípio da operosidade*, que “É preciso que o juiz, na prática, estanque na raiz processos inviáveis, seja através do indeferimento da inicial, seja por meio do controle adequado das condições da ação, dos pressupostos processuais e da correta prática dos atos processuais que se sucedem no tempo.”¹⁵⁹ De fato, o Estado-Juiz não pode ser condescendente com a perpetração, pela parte autora, de lesão ao direito do réu de não ser importunado desnecessária e injustamente por pedidos (i) manifestamente improcedentes, (ii) juridicamente impossíveis, (iii) ligados a uma relação de direito material à qual o citado não se acha vinculado, ou (iv) que poderiam ser atendidos espontaneamente sem a necessidade da atuação do Poder Judiciário.

O contato do juiz com a petição inicial é importante para evitar a citação desnecessária do réu nos casos (i) do art. 284 do Código de Processo Civil (petição inicial defeituosa, devendo determinar-se a emenda previamente à citação), (ii) de ausência de algum pressuposto de estabelecimento e desenvolvimento válido da relação processual, e (iii) de inoccorrência de alguma das chamadas condições da ação (arts. 267, VI, e 295, I, II, III e parágrafo único, III, do Código de Processo Civil).

Também no sentido de obstar a citação do réu, a Lei nº 11.277/2006, ao incluir o art. 285-A no Código de Processo Civil, permitiu ao juiz proferir sentença com julgamento de mérito, julgando improcedente o pedido imediatamente, “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”.¹⁶⁰ Logo em seguida, a Lei nº 11.280/2006, ao alterar o § 5º do art.

¹⁵⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 72.

¹⁶⁰ A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, em restrição à norma do art. 285-A do CPC, que é vedado ao juiz julgar improcedente o pedido sem citar o réu quando a sentença divergir da jurisprudência do tribunal local e dos tribunais superiores. Para o Relator, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, a finalidade do art. 285-A é a celeridade e racionalidade processuais, de modo a pôr fim a demandas repetitivas: “A bem da verdade, permitir que se profiram decisões contrárias a entendimentos consolidados, ao invés de racionalizar o processo, seguramente acaba por fomentar o inconformismo da parte vencida e contribui com o patológico estado de

219 do Código de Processo Civil, impôs ao juiz que pronuncie, de ofício, a prescrição – o que pode ocorrer sem que o réu seja citado (art. 295, IV).¹⁶¹

Seguindo a mesma lógica, o art. 16 da Lei nº 9.099/1995 – segundo o qual, nos Juizados Especiais Cíveis, a audiência de conciliação é designada sem que o processo tenha sequer passado pelas mãos do juiz – precisa ser interpretado de forma a não obstar a submissão da petição inicial à apreciação imediata pelo magistrado, a fim de verificar se a citação realmente deve ser determinada.

3.3 As condições da ação como filtro processual

Para HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO e AFRÂNIO SILVA JARDIM, o direito de ação é incondicionado, porque constitucionalmente garantido; por mais absurda que seja a demanda, é vedado ao juiz deixar de apreciá-la, devendo fazê-lo, ainda que para indeferir a petição inicial – e, se isto ocorrer, terá havido exercício do direito de ação, já que o autor, ao propor a demanda, exigiu (e obteve êxito) que o Estado exercesse jurisdição, daí porque consideram mais correta a expressão *condições para o regular exercício do direito de ação*.^{162 163 164}

litigiosidade verificado atualmente” (STJ, 4ª Turma, REsp 1.109.398, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 16/06/2011, publicado no DJe de 01/08/2011).

¹⁶¹ Com base nos arts. 219, § 5º e 295, IV, do CPC, é possível indeferir a petição inicial em razão do pronunciamento da prescrição ou da decadência.

Ao que parece, o reconhecimento da prescrição ou da decadência só resulta em sentença de mérito (art. 269, IV) quando esta for proferida após a instrução processual; quando pronunciada em sentença proferida de imediato, implica mero indeferimento da inicial (art. 295, IV) e, portanto, extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, I), permitindo ao autor a repositura da demanda, narrando a ocorrência de algum fato interruptivo da prescrição que não tenha constado da petição inicial anterior.

¹⁶² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 3.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 158.

¹⁶³ “São as chamadas condições da ação que, na realidade, não são condições para a existência do direito de agir, mas condições para o seu regular exercício. Por ser abstrato, o direito de ação existirá sempre. Sem o preenchimento destas condições mínimas e genéricas, teremos o abuso do direito trazido ao plano processual.” JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11.ed. Forense, 2001, pp. 92-93.

¹⁶⁴ “As condições da ação, entretanto, não são inconciliáveis com a *teoria do direito abstrato de agir*, que em nosso entender é a mais aceitável. Seriam ‘condições’ para o *julgamento do mérito da causa*, impostas basicamente por razões de economia processual, e não condições para a existência da ação. Barbosa Moreira prefere falar em ‘condições do legítimo exercício do direito de ação’.” WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3.ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 91.

Por sua vez, para LEONARDO GRECO, a ação é “o direito subjetivo público, autônomo e abstrato de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre determinada demanda de direito material”, mas não incondicionado em sentido amplo,¹⁶⁵ daí porque defende que as condições da ação são *condições para a existência do direito de ação*, assim entendido como direito ao exercício da jurisdição sobre a pretensão de direito material.¹⁶⁶ No que diz respeito às condições da ação, “O que interessa é saber se a hipótese fática e jurídica de direito material, abstratamente considerada e consistentemente fundamentada, tem a aptidão, de acordo com esse mesmo direito material, a propiciar ao autor, se comprovada, a obtenção de um pronunciamento favorável sobre esse mesmo direito material.”^{167 168}

Divergências à parte, incontroverso – como diz HUMBERTO THEODORO JÚNIOR – que “embora abstrata, a ação não é genérica, de modo que, para obter a tutela jurídica, é indispensável que o autor demonstre uma pretensão idônea a ser objeto da atividade

¹⁶⁵ “[...] a ação como direito cívico é incondicionada, porque é um direito conferido a qualquer cidadão, independentemente do conteúdo da sua postulação. Assim, qualquer cidadão pode dirigir-se ao Estado-juiz e a ele formular qualquer pedido, do qual terá direito de receber uma resposta, ainda que o pedido formulado seja inteiramente absurdo, ilegal.

Contudo, o direito de ação, tratado como direito à jurisdição, direito à prestação jurisdicional sobre o direito material, é condicionado. Só tem direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre o direito material aquele cuja postulação preencha certos requisitos, certas condições, as chamadas condições da ação.” GRECO, Leonardo, *Instituições de Processo Civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 230.

¹⁶⁶ GRECO, *Instituições* v. I, pp. 222 e 225-226.

¹⁶⁷ GRECO, *Instituições* v. I, p. 223.

¹⁶⁸ Adotando posição diversa da maioria e rejeitando a teoria da asserção, FABIO LUIZ GOMES e OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA consideram que “as condições da ação na realidade integram a relação de direito material posta à apreciação do órgão jurisdicional, e que só por mera e inapropriada *ficção* (raciocínio hipotético) poderiam ser consideradas também pertinentes à relação jurídica processual.

[...] Quanto à possibilidade jurídica do pedido, a lição de Calmon de Passos é insuperável. Demonstra ele que não há qualquer distinção entre a impossibilidade da tutela em abstrato e a pretendida no caso concreto. [...] [...] Inaceitável, da mesma forma, atribuir-se a qualidade de condição da ação ao requisito da legitimidade para a causa. Já foi visto que esta corresponde à identidade das partes (sujeitos da relação processual) com os titulares da relação de direito material posta à apreciação do juiz. [...] Ora, se a parte legítima é a titular, no pólo passivo ou ativo, da relação de direito material, e esta não se confunde com a relação jurídica processual, como identificá-las a não ser caindo na teoria do direito concreto?

[...] Não menos inadequado considerar-se o interesse de agir também condição da ação. É claro que a investigação sobre a necessidade ou desnecessidade da tutela jurisdicional, invocada pelo autor para obter a satisfação do direito alegado, implica obrigatoriamente perquirir a respeito da ameaça ou da violação desse direito, ou seja, sobre ponto pertinente à relação substancial. [...]

Consoante temos frisado, os adeptos da teoria eclética procuram ‘contornar’ o problema, afirmando que a investigação de tais elementos não implica exame de mérito porque deve ser levada a efeito hipoteticamente, com o que caem na desastrosa consequência de bastar ao autor da demanda mentir para adquirir o direito à jurisdição! [...]”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*, 6.ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 113-115. No mesmo sentido, GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: RT, 1999, bem como HOMMERDING, Adalberto Narciso, *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 185-194.

jurisdicional do Estado”.¹⁶⁹ Por isto, expõe MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, aludindo a ENRICO TULLIO LIEBMAN, que a apreciação dos pressupostos processuais e das condições da ação

impõe-se como uma espécie de mecanismo de filtragem, separando, dentre os pedidos que batem às portas do Judiciário, aqueles que se apresentam como passíveis de exame substancial dos que podem, de pronto ser descartados, já por questões respeitantes à existência e validade do processo, apenas, através do qual se desenvolve a ação, já por motivos que prenunciam ser esta mesma insuscetível de levar a uma decisão de fundo sobre o direito invocado.¹⁷⁰

Outra não é a conclusão de LEONARDO GRECO:

As condições da ação são o filtro mínimo por que deve passar o postulante da tutela jurisdicional para assegurar-lhe o mais amplo acesso a essa tutela, com todas as suas consequências, inclusive a coisa julgada, se for o caso, e, ao mesmo tempo, evitar que o adversário seja submetido a um processo manifestamente temerário ou injusto, que lhe retira ou limita o pleno gozo dos seus direitos e ainda pode causar-lhe prejuízos irreparáveis.¹⁷¹

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE reitera que a lei pode, legitimamente, estabelecer regras destinadas a ordenar o processo, dotando-o de mecanismos destinados a evitar atividades inúteis; entre as regras relacionadas à *técnica processual*, estão as condições da ação, em nome do princípio da economia processual,¹⁷² sendo esta também a posição de KAZUO WATANABE.¹⁷³ Se, por alguma razão extraída de elementos da própria situação substancial deduzida na petição inicial pelo autor, verificar-se de plano que aquele processo não poderá proporcionar *resultado útil* – entendido este como a solução da crise de direito material –, melhor extingui-lo o quanto antes,¹⁷⁴ se possível dispensando a citação do réu.¹⁷⁵ Com a ressalva de sustentar que a falta de uma das condições da ação deve acarretar

¹⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66.

¹⁷⁰ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. “Admissibilidade e mérito na execução”, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 47, 1997, p. 25.

¹⁷¹ GRECO, *Instituições* v. I, p. 230.

¹⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3.ed. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 239.

¹⁷³ “São razões de *economia processual* que determinam a criação de técnicas processuais que permitam o julgamento antecipado, sem a prática de atos processuais inteiramente inúteis ao julgamento da causa. As ‘condições da ação’ nada mais constituem que técnica processual instituída para a consecução desse objetivo.” WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3.ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 108.

¹⁷⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 240.

¹⁷⁵ BEDAQUE, op. cit., p. 242.

juízo de mérito, para SUSANA HENRIQUES DA COSTA, elas também constituem técnica processual – a partir do momento em que impedem a continuação de um processo que se mostra manifestamente improcedente, dando aplicação ao princípio da economia processual – sob dois aspectos: “quando reconhecidas no início da relação jurídica de direito processual, configuram verdadeira tutela diferenciada”¹⁷⁶ e “por serem cognoscíveis de ofício pelo juiz, podem ser inseridas na categoria de objeções”.¹⁷⁷ As condições da ação nada mais são que a previsão legal de “uma tutela diferenciada para o réu, nos casos em que a acusação do autor se mostre, *ab initio*, sem condições de prosperar, ou seja, nos casos em que haja abuso do direito de ação por parte do autor”.¹⁷⁸

O papel cumprido por essas condições, estabelecidas por lei, portanto, longe de inviabilizar o direito de acesso ao Poder Judiciário, é estancar, no nascedouro, demandas sem chance alguma de prosperar, e assegurar o direito constitucional daquele contra quem a ação é exercida de não ser molestado por uma demanda inviável.¹⁷⁹

3.4 Interesse de agir como condição para o regular exercício do direito de ação

O direito de petição referido no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição da República é um direito político, que pode ser exercido, independentemente de interesse pessoal,¹⁸⁰ em face de

¹⁷⁶ “São tutelas diferenciadas as tutelas concedidas às partes, furto de uma cognição sumária, nas hipóteses em que a cognição exauriente, por algum motivo, é dispensada.
[...]

A técnica da adoção de tutelas diferenciadas, mediante cognição sumária é adequada para a solução de certos casos, geralmente decorrentes ou da existência de uma situação de urgência que impeça a cognição plena ou da própria aplicação do princípio da economia processual. Mas são sempre hipóteses que buscam maximizar o resultado do processo.” COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2005, pp. 127-128.

¹⁷⁷ COSTA, op. cit., p. 124.

¹⁷⁸ COSTA, op. cit., p. 133.

¹⁷⁹ “Assim, o exame das condições da ação não trata de um juízo de mérito, mas de um juízo sobre questões de direito material a partir da situação fática e concreta relatada pelo demandante como fundamento de sua pretensão, que deve estar acompanhada de um mínimo de verossimilhança e provas que evidenciem a possibilidade do acolhimento. Isto porque, da mesma forma que é garantido a todos o direito de ação, é também assegurado o direito constitucional daquele contra quem a ação é exercida de não ser molestado por uma demanda inviável.” PINHO, *Teoria Geral do Processo...*, pp. 164-165.

¹⁸⁰ “Para legitimar-se ao direito de petição não é preciso que o peticionário tenha sofrido gravame pessoal ou lesão em seu direito, porque se caracteriza como direito de participação política, onde está presente o interesse geral no cumprimento da ordem jurídica.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 2.ed, Coimbra, 1984, vol. 1, p. 286 *apud* NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 135.

órgão público por qualquer um (sem forma rígida de procedimento, bastando a identificação do peticionário e a exposição dos fatos e do que se pretende da autoridade destinatária, por petição, representação, queixa ou reclamação), para notificar a existência de ilegalidade ou abuso de poder, solicitando as providências cabíveis e fazendo surgir o dever de resposta.¹⁸¹

O direito público subjetivo de ação se distingue do direito político de petição porque (aquele) está condicionado ao *interesse processual*, à necessidade de ir a juízo pleitear a tutela jurisdicional; se não preenchidas as condições da ação, dentre as quais o interesse, a causa não receberá sentença de mérito (sem que isto implique ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição).¹⁸²

Para HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, o *interesse processual em agir* (a expressão *processual* o diferencia do interesse substancial ou material, que diz respeito à relação jurídica de direito material argüida) refere-se “à necessidade, utilidade e proveito da tutela jurisdicional para que o autor obtenha a satisfação do direito pleiteado e justifica-se na medida em que não convém ao Estado acionar o aparato judicial sem que dessa atividade possa ser extraído algum resultado útil”,¹⁸³ com a ressalva de que alguns autores entendem

¹⁸¹ NERY JUNIOR, op. cit, p. 135.

¹⁸² NERY JUNIOR, op. cit., p. 135.

¹⁸³ “A concepção do interesse-necessidade nasceu de uma visão do processo como *ultima* ou *extrema ratio* para o autor: a demanda só deveria ser admissível se o autor não tivesse outros meios próprios para satisfazer seu direito material sem a intervenção estatal pelo processo. Exigia-se uma efetiva lesão ao direito do autor para que a causa fosse levada ao juiz. Vê-se, portanto, que o interesse era classicamente ligado ao inadimplemento ou incumprimento.

Aos poucos o conceito foi evoluindo e hoje prevalece a noção, de influência tedesca, do interesse de agir como um filtro de eficiência através do qual o legislador deseja evitar o dispêndio de atividade jurisdicional inútil. Trata-se de uma perspectiva utilitária do interesse de agir, fulcrada nos binômios ‘interesse-utilidade’ e ‘interesse-adequação’, que residem na relação entre o provimento requerido e a situação de fato alegada.

[...]

O interesse-necessidade retratava uma visão individualista, inspirado sobre o ideal liberal que ressalta a relação de direito material deduzida em juízo, ao afirmar-se uma lesão a direito de titularidade do sujeito, num contexto conflituoso próprio da ‘lide’ em sentido carneluttiano. Nesta perspectiva, o processo era visto como unicamente direcionado à proteção do direito material dos litigantes, e a ação só poderia ser abstrata, desvinculada dos direitos afirmados no processo, os direitos subjetivos pré-existentes à sentença.

Posteriormente, passou-se a teorizar o interesse a partir da visão do juízo, como um meio de gestão processual para economizar tempo e energia dos serviços judiciários. O interesse-utilidade passou a reger a atividade estatal, evitando povoar as prateleiras dos juízos com processos ‘sem sentido’ e que poderiam ser solucionados, se não espontaneamente, pelo menos com menor empenho de energia e custos financeiros. Esse caminho foi trilhado como um consectário do princípio de economia processual, reputando inadmissíveis requerimentos inúteis ou antieconômicos. O requerente não poderia pretender uma providência que, mesmo se acolhida, o colocasse na mesma posição processual em que se encontrava *ante litem*. Nem se poderia acionar o Judiciário para a apreciação de uma questão se houver um meio judicial ou extrajudicial mais barato, simples ou rápido para resolver a questão.” CABRAL, Antônio do Passo. “Despolarização do processo e ‘zonas de interesse’: sobre a migração entre polos da demanda”, *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 26, 2009. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/25>, pp. 12-14.

que o interesse de agir deve vir representado pelo binômio necessidade-adequação do provimento judicial solicitado: a necessidade decorreria da impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a atuação do Estado (porque vedada a autotutela);^{184 185} e a adequação, da relação existente entre os meios processuais escolhidos e o fim desejado.¹⁸⁶

A necessidade é a situação “que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)”.¹⁸⁷ Para ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, “O Estado não pode exercer suas atividades senão quando esta atuação se mostre absolutamente necessária”; se o fizesse, “Tal atividade inútil estaria sendo realizada em prejuízo daqueles que realmente precisam da atuação estatal, o que lhes causaria dano (que adviria, por exemplo, do acúmulo de processos desnecessários em um juízo ou tribunal)”.¹⁸⁸ “urge, pois, excluir do Judiciário demandas absolutamente desnecessárias”.¹⁸⁹

O interesse em movimentar a máquina judiciária para obter determinado bem da vida é incidível da vedação à autotutela (excetuada a hipótese dos interesses que só podem ser tutelados judicialmente e daqueles que a lei expressamente permite sejam assegurados judicialmente para obter maior segurança¹⁹⁰), e não se verifica nos casos em que o credor tiver

¹⁸⁴ “Ao exercer a função administrativa, o Estado está exercendo uma função que sempre lhe coube, não tendo sido exercida anteriormente por ninguém. Pode-se, portanto, dizer que a função administrativa é uma função originária do Estado. Ao contrário, a função jurisdicional é exercida pelo Estado em substituição à atividade das partes, ou seja, o Estado exerce a função jurisdicional como forma de substituir a atividade dos interessados, consistente na autotutela, a qual é – como regra – proibida nos modernos ordenamentos jurídicos.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil* v. I, 19.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 65.

¹⁸⁵ A lei também poderá determinar que certos interesses devam ser levados ao Judiciário, ainda que não haja conflito entre as partes, como no caso da ação de anulação de casamento, por exemplo. Nessa hipótese, estamos diante de um exemplo da denominada “ação constitutiva necessária”.

¹⁸⁶ PINHO, *Teoria Geral do Processo...*, p. 162.

¹⁸⁷ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Código de Processo Civil Comentado* v. I, 1.ed, São Paulo: 1975, p. 318 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 70.

¹⁸⁸ CÂMARA, *op. cit.*, p. 118.

¹⁸⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de. “O Papel dos Juízes na Democracia”, *Revista da Ajuris* nº 7, Porto Alegre: AJURIS, p. 366.

¹⁹⁰ “É o caso das ações meramente declaratórias, assim como, atualmente, do inventário, da separação e das notificações, que podem ser promovidos extrajudicialmente”. GRECO, *Instituições* v. I, p. 233. O autor esclarece que a ação declaratória de nulidade de uma cláusula contratual se presta a se resguardar de eventual risco futuro; a justificação prévia tem por objetivo documentar um fato que pode ter ou não relevância jurídica, a fim de que se possa prová-lo no futuro, caso necessário; em ambos os exemplos, as pretensões estão agasalhadas pela idéia de *necessidade de certeza jurídica*. Faz a ressalva, porém, de que alguns sistemas jurídicos conferem outro tratamento ao simples interesse do autor na certeza jurídica: “Celso Agrícola Barbi (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 1º vol, tomo I, Forense: Rio de Janeiro, 1975, p. 96) refere que em

como obter junto ao devedor a satisfação espontânea do seu direito. Nas palavras de LEONARDO GRECO,

Toda vez que o autor tiver algum outro meio lícito acessível para alcançar o bem da vida, ele não tem interesse de agir, porque não tem necessidade de dirigir sua pretensão ao Poder Judiciário para obtê-lo.

Assim, o autor não poderá cobrar em juízo uma dívida que ainda não está vencida, pois até o seu vencimento pode o devedor pagá-la espontaneamente. Somente após o vencimento da dívida o credor passa a ter interesse de agir, pois passa a ter necessidade de recorrer à jurisdição para a satisfação da sua pretensão. Exceto nos raríssimos casos previstos em lei (v. Código Civil, art. 1.210, § 1º), o credor não pode simplesmente satisfazer a sua pretensão pela força, sob pena de praticar o tipo penal definido como exercício arbitrário das próprias razões (Código Penal, art. 345).

O interesse de agir, na jurisdição contenciosa, normalmente nasce da lide. Toda vez em que o autor quer se apropriar de um bem da vida e a sua pretensão é resistida pelo réu, segundo o conceito de Carnelutti, há uma lide, e, portanto, deve aquele postular a satisfação dessa pretensão ao Poder Judiciário. Assim, é do litígio que nasce o interesse de agir, como consequência da impossibilidade do autor de satisfazer a sua pretensão diretamente, pelo uso da força.

Quando uma prestação tem de ser cumprida espontaneamente, a inércia do devedor por si só já justifica a existência do interesse de agir por parte do credor; quando o responsável não souber que causou um dano, ou quando sua ação depender de uma manifestação do titular do direito, a ausência de recusa (expressa ou tácita) por parte daquele descaracteriza o interesse de agir deste, se não for narrada a existência de algum outro empecilho à obtenção do bem da vida sem a intermediação do Poder Judiciário.¹⁹¹ Neste sentido, a manifestação de LUIZ FUX:

Quanto à necessidade da tutela jurisdicional formulada, é importante que os juízes sejam bastante rígidos na análise da presença desta condição da ação. Assistimos atualmente a uma litigiosidade sem fim. Pede-se exibição de documentos sem nunca tê-los pedido diretamente ao réu. Cobra-se o seguro avençado sem nunca ter se dirigido à seguradora para tentar receber a quantia. Como nunca, as pessoas têm procurado abrigo debaixo da toga dos juízes, sem ao menos se dar ao trabalho de pleitear a natural efetivação do direito. Essa pretensa garantia de acesso amplo e irrestrito à jurisdição acirra os ânimos dos sujeitos e, ao invés de evitar os conflitos, os potencializa. Como consequência, temos um demandismo desenfreado, uma verdadeira corrida ao Judiciário, que abarrota as prateleiras principalmente dos juízos de primeira instância, tornando ainda mais morosa a prestação da tutela

alguns países, como a Alemanha, a Áustria, a Espanha e a Inglaterra, não é admitida pretensão meramente declaratória quando já tiver ocorrido lesão ao direito. Se essa já ocorreu, o autor não pode simplesmente pedir a declaração da certeza da existência do seu direito, mas também deve requerer a reparação da lesão por ele sofrida, ou seja, a lei processual não admite pedido meramente declaratório se já tiver ocorrido a lesão do direito.”

¹⁹¹ “Não se trata de uma nova condição de procedibilidade, o prévio requerimento administrativo, mas justamente de uma condição da ação consagrada há tanto tempo. O requerimento é necessário para que torne a coisa litigiosa, e que preencha assim os requisitos da ação, evitando prejuízos maiores à parte requerida e ao próprio judiciário.” VASCONCELOS, Enderson Danilo Santos de. “O interesse de agir e o prévio requerimento administrativo nas ações previdenciárias”, *Âmbito Jurídico* nº 74, Rio Grande do Sul: março de 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7520>.

jurisdicional àquelas situações que realmente necessitam da intervenção do Estado-juízo. Penso, por isso, que deveríamos caminhar no sentido de maior condicionamento para o acesso ao Judiciário, preservando o caráter secundário da jurisdição.¹⁹²

Digna de nota é a posição de HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, para quem a garantia de acesso ao Poder Judiciário não se confunde com incentivo à sua busca (desnecessária), quando, se respeitada a ordem natural das coisas, as partes primeiro deveriam buscar solução consensual, não conflituosa. Deveria partir do próprio Poder Judiciário a consciência “de que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito”; com isto, não está se eximindo de sua função de julgar, pois “o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva”:¹⁹³

Não custa enfatizar que o melhor modelo, a nosso ver, é aquele que admoesta as partes a procurar a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressar com a demanda judicial. Não parece ser ideal a solução que preconiza apenas um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado. Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito.

Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o “call center” de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao Juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa.

Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário.

Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito.

[...]

Importante deixar clara essa nova dimensão do Poder Judiciário, aparentemente minimalista, numa interpretação superficial, mas que na verdade revela toda a grandeza desta nobre função do Estado. Nessa perspectiva, efetividade não significa ocupar espaços e agir sempre, mas intervir se e quando necessário, como *ultima ratio* e com o intuito de reequilibrar as relações sociais, envolvendo os cidadãos no processo de tomada de decisão e resolução do conflito.

¹⁹² FUX, Luiz. *Propostas do Presidente da Comissão de Elaboração do Anteprojeto do Novo CPC*. Disponível em: <http://www.cenajus.org/moodle/file.php/1/moddata/forum/46/1260/NOVOCPC_-_PROPOSTAS_DA_COMISSAO_DE_JURISTAS.doc>.

¹⁹³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “A mediação e a necessidade de sua sistematização no Processo Civil brasileiro”, *Revista Eletrônica de Direito Processual* nº 5. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>.

O papel do Poder Judiciário é a pacificação das lides, não a sua estimulação, razão pela qual pensamos que a jurisprudência deveria evoluir em direção a (i) prestigiar as partes que demonstram terem dado à parte ré a oportunidade de tomar ciência do problema e de resolvê-lo (por exemplo, número de protocolo de reclamações nos serviços de atendimento ao consumidor) e que buscaram o Estado-Juiz como última medida para fazer valer seus direitos, e a (ii) apreciar restritivamente pretensões que não tenham sido levadas adequada e previamente ao conhecimento do réu, principalmente quando se evidenciar que o objetivo é a obtenção de indenização em valor elevado sem que o causador do dano tenha tido a oportunidade de repará-lo antes da instauração do processo judicial.

O aumento desenfreado de novas ações em face da Administração Pública, simultaneamente à diminuição da procura desta pelo administrado, estabelece círculo vicioso em que o Poder Judiciário passa a substituir a Administração na tarefa de realizar o primeiro enfrentamento da pretensão de direito material exposta pelo administrado/jurisdicionado (desnaturando o atributo da substitutividade ou *terzietà*),¹⁹⁴ e a Administração cada vez mais diminui seu campo de atuação. O descrédito e as dificuldades de acesso, pelo administrado, à Administração Pública constituem uma modalidade de óbice de acesso à Justiça; a incapacidade do Poder Executivo de dar respostas aos administrados em tempo razoável, com fundamentação adequada e confiável, é fator de impulsão destes diretamente em direção ao Poder Judiciário. Considerando, porém, que a sobrecarga da via judicial diminui a velocidade de processamento/julgamento de todos os processos em curso, e que a citação para resposta a tais processos atribui aos procuradores públicos a apreciação originária de requerimentos que deveriam ser analisados por outros servidores, incumbe aos magistrados analisar a existência do “interesse de agir”, ponderando caso a caso as dificuldades concretas a que o jurisdicionado está exposto frente à Administração Pública – para que não fique entregue à própria sorte – e os riscos de transformar o Judiciário em um balcão de primeiro atendimento – o que afeta negativamente o tempo e a qualidade das decisões judiciais.

¹⁹⁴ “[...] o juiz aplica a lei na condição de terceiro estranho, alheio, aos interesses envolvidos no caso. A doutrina já aludiu a esse fenômeno usando a expressão *substitutividade*: o juiz substitui-se às partes para resolver o conflito. Autores mais recentes não consideram essa expressão de todo adequada, porque há casos em que as partes não teriam mesmo como resolver a questão sozinhas, mesmo se não estivessem em conflito (p. ex.: não adiante as partes concordarem que o seu casamento é inválido, pois só a sentença judicial pode invalidar um matrimônio). Por isso, prefere-se deixar um pouco de lado a idéia de *substituição*, para enfatizar outro aspecto contido também naquela expressão: o juiz é um *terceiro*, um *estranho*, alguém *alheio* ao conflito que vai julgar. Aplica a lei para satisfazer um interesse *que não lhe diz respeito*. E isso também é diferente do que se passa na atividade administrativa. A administração pública persegue determinado interesse quando atua, que é o chamado ‘interesse público’.” WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. I. 10.ed. São Paulo: RT, 2008, p. 46.

4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO

4.1 A crise da Administração Pública brasileira

O descrédito do administrado na Administração Pública brasileira, as dificuldades em lidar com ela, e a incapacidade crônica do Poder Executivo em dar respostas adequadas constituem óbice ao acesso à Justiça, a impulsionar os administrados diretamente para o Judiciário. Estabelece-se um círculo vicioso no qual o juiz – que não tem o papel nem os meios para tanto – cada vez mais fica sobrecarregado por substituir o administrador na primeira análise da pretensão de direito material exposta pelo administrado-jurisdicionado, e a Administração cada vez mais diminui seu campo de atuação. Este fenômeno é referido por MARCELLA ARAÚJO DA NOVA BRANDÃO:

Ao longo dos anos, a administração pública foi se tornando um fim em si mesma. Poucas vezes se constatava que um órgão público visava à sua missão na prestação de serviço público de qualidade.

Por outro lado, a própria sociedade, razão primeira de existência da administração pública e destinatária do serviço por ela prestado, afundada em procedimentos estatais burocratizados, torna-se cada vez mais insatisfeita com a máquina pública, embora pareça conformada com isso. Pode-se afirmar que a letargia da sociedade ainda impera, de forma que são comumente aceitas as falhas e o descaso da administração. Pior: são toleradas as ineficiências do setor público incorporadas na cultura brasileira até mesmo sob a forma de anedotas.¹⁹⁵

CRISTIANE RODRIGUES IWAKURA aponta que o administrador público que, a pretexto da estrita observância da legalidade, elege caminhos de atuação extremamente burocráticos, omitindo-se ou exigindo do administrado providências inúteis ou não razoáveis para que possa tomar alguma atitude em relação ao que lhe foi requerido, age em franca violação ao *princípio da eficiência administrativa*. Várias questões que são levadas ao Poder Judiciário decorrem de requerimentos indeferidos por descumprimento de meras formalidades, algumas estabelecidas por atos internos, ou da incapacidade da Administração de buscar esclarecer situações duvidosas (intimação do administrado para prestar esclarecimentos, justificação administrativa, pesquisas de campo *etc*); o servidor, temendo sofrer uma punição arbitrária pelo descumprimento de uma ordem imediata (mesmo que desnecessária ou contrária aos ditames constitucionais), “prefere evitar colisão com seus

¹⁹⁵ BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. *A consensualidade e a Administração Pública em juízo*. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2766>>.

superiores, abstendo-se de conceder o direito ao requerente em situações limítrofes, fazendo do ato indeferitório uma espécie de refúgio”. Por isto,

resta claro que, além de mecanismos legais que propiciem a melhoria da prestação dos serviços pela Administração Pública, para que o agente atue com maior segurança e independência, sempre com a observância dos ditames constitucionais e legalmente estatuídos, é imprescindível estabelecer uma rotina uniforme e clara para a atuação, com constante renovação das informações e elementos necessários para a avaliação de um ato administrativo, garantindo-se ao bom servidor o exercício de sua função com condições suficientes de trabalho, e segurança para que não seja punido de forma arbitrária, quando desempenha seu juízo discricionário.

Daí também se extrai a necessidade de fundamentação suficiente e exaustiva dos atos administrativos, como forma de convencimento do requerente sobre a ausência dos requisitos necessários para a satisfação de sua pretensão, e como meio que propicie a segurança do agente administrativo que reconhece um direito agindo de boa-fé, prezando pela eficiência e pelo interesse público primário, superando barreiras burocráticas desnecessárias e contrárias à finalidade precípua da Administração Pública.¹⁹⁶

Noutras palavras, a Administração Pública, em situações de dúvida, tende (calcada em concepção deturpada de interesse público) a indeferir os requerimentos, transferindo para o Poder Judiciário a tarefa (e a responsabilidade) de apreciar mais detidamente as questões que não se enquadram num padrão de obviedade.¹⁹⁷

Os mecanismos de controle operam com rigor – e até com excesso – sobre os servidores que deferem requerimentos (deixando de ponderar que só quem trabalha comete erros; quem nada faz não tem como errar). Infelizmente, parecem estar fora da mira da fiscalização os servidores que, em descompasso com o correto exercício da função pública, adotam o expediente de indeferir sistematicamente todos os requerimentos que resultem em dúvida (por menor que seja, e sem preocupação em saná-la). O resultado é um sistema que tolera os preguiçosos, descompromissados e ineficientes, e que inibe, pelo medo, a atuação dos mais comprometidos com uma atuação mais justa. Disto resultou a generalização da

¹⁹⁶ IWAKURA, Cristiane Rodrigues. *Conciliação na Administração Pública*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=195724>, pp. 41-42.

¹⁹⁷ “A partir do Programa de Redução de Demandas da Procuradoria Especializada do INSS em Ribeirão Preto, pôde-se constatar que a maior parte das controvérsias envolvendo a discussão de atos concessórios e revisionais de benefícios previdenciários e/ou assistenciais surgiram a partir de indeferimentos sem fundamentação adequada por parte do agente administrativo, ou por erro cometido pelo servidor em razão da excessiva quantidade de atendimentos num pequeno espaço de tempo. Não raro, requerimentos administrativos são indeferidos por graves erros decorrentes da falta de cruzamento de informações e da alimentação insuficiente de dados essenciais dos trabalhadores e contribuintes nos bancos de informação do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Muitas vezes, uma contribuição do segurado, crucial para o deferimento de uma aposentadoria, por exemplo, só é detectada a partir de uma consulta mais apurada no sistema. A burocratização do procedimento e a falta de especialização nas rotinas de trabalho do INSS prejudicam muito a qualidade dos serviços prestados, sem contar que o pessoal disponível para o atendimento de grandes metrópoles ainda é insuficiente em quantidade e qualidade.” IWAKURA, op. cit., pp. 38-39.

percepção de que o acesso à via administrativa é uma perda de tempo, que apenas resulta em procedimentos mal instruídos e em decisões mal fundamentadas.

O aprimoramento da atuação da Administração Pública passa necessariamente por normas internas mais claras e mais adaptadas à jurisprudência¹⁹⁸ – principalmente às súmulas vinculantes e aos acórdãos sujeitos ao rito da lei dos recursos repetitivos – e às próprias súmulas administrativas, além, é claro, de investimentos em estrutura e em treinamento dos servidores (que, inegavelmente, vêm sendo feitos gradativamente).¹⁹⁹

Ao lado da burocracia exacerbada e da estrutura organizacional insuficiente para o atendimento adequado de todos, soma-se a falta de informação dos administrados a respeito dos seus direitos e do modo correto de deduzir seus pedidos na via administrativa, daí porque a Administração deve, tanto quanto possível, orientá-los e formular exigências, e não indeferir de plano os requerimentos.²⁰⁰

4.2 Reflexos da crise da Administração Pública na atuação de seus procuradores

CRISTIANE RODRIGUES IWAKURA anota que a relação entre o advogado público e a Administração, seu cliente, baseia-se fundamentalmente em três deveres: (i) dever de realização do interesse público primário, (ii) dever de informação, e (iii) dever de confiança.

¹⁹⁸ Neste sentido, é digna de aplausos a Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010, que, ao regulamentar a Lei nº 8.213/1991 e o Decreto nº 3.048/1999, para disciplinar o processo administrativo previdenciário no âmbito do INSS, incorpora diversas orientações jurisprudenciais de Tribunais Superiores.

¹⁹⁹ “Como se sabe, desde o ano de 1994, o Estado brasileiro, através do Governo Federal, vem a todo custo reunindo esforços no sentido de refazer os conceitos de Administração Pública, passando de uma administração burocrática para a ‘Administração Gerencial’, com o fim de dar celeridade e eficiência à prestação dos serviços públicos, como rogado em princípios pela Carta Constitucional de 1988, e, conseqüentemente, efetivar o escopo da sua existência perante o cidadão.
[...]

Com o fim de cumprir seu papel perante o Estado, o INSS tem gasto volumes imensos de recursos públicos na estruturação e no pronto atendimento dos segurados e dependentes. A padronização do INSS não se limita ao *layout* de suas agências, mas à melhora dos equipamentos de informática, ao treinamento de pessoal, às rotinas de trabalho, todos eles implementados depois de criteriosa análise de dados sistematicamente coletados. Como exemplo, podemos citar o agência eletrônica, onde o cidadão, através da rede mundial de computadores (internet), pode cadastrar-se como segurado, requerer seu benefício, marcar o dia e a hora em que quer ser atendido pessoalmente na agência física, simular o valor da sua aposentadoria e tirar suas dúvidas. Não podem ser esquecidos a central de atendimento telefônico e os demais programas e políticas públicas divulgadas pelos meios de comunicação.” TAVARES, Marco Arlindo. “Razões para o prévio requerimento administrativo de benefício previdenciário antes de se buscar o Poder Judiciário”, *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2706. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17918/razoes-para-o-previo-requerimento-administrativo-de-beneficio-previdenciario-antes-de-se-buscar-o-poder-judiciario>>.

²⁰⁰ O § 3º do art. 576 da Instrução Normativa nº 45/2010 enuncia que “O pedido de benefício não poderá ter indeferimento de plano, sem emissão de carta de exigência, mesmo que assim requeira o interessado”.

Para o advogado público atuar em juízo, precisa ser municiado, pela Administração, de subsídios fáticos e documentação. Ocorre que a dificuldade de comunicação entre as procuradorias e as entidades públicas representadas é notória e comum em todos os setores da Administração Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Não obstante o art. 116 da Lei nº 8.112/1990 imponha aos servidores o atendimento com presteza às requisições dos advogados públicos, a burocracia existente para que estes obtenham as informações dentro do prazo estipulado para contestar muitas vezes inviabiliza a elaboração de defesa suficiente e resulta na apresentação de contestações genéricas.^{201 202 203}

Quanto ao dever de realização do interesse público primário, MARCELLA ARAÚJO DA NOVA BRANDÃO frisa que “o advogado público em todos os casos, notadamente nos juizados especiais federais, deveria agir como agente político representante do Executivo, não vinculado a atos normativos internos, mas à sua missão constitucional”.²⁰⁴ DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO ressalta que “Advogados de Estado não podem ser tidos como advogados de governos ou, com mais razão, como advogados de governantes” e que “mesmo que se encontrem esgotadas as possibilidades das vias burocráticas regulares internas da Administração, não podem se eximir de atuar como órgãos independentes, sempre que se trate, prioritariamente, da defesa da ordem jurídica”.²⁰⁵ IWAKURA enfatiza que, de posse

²⁰¹ IWAKURA, op. cit., p. 76.

²⁰² Não são raras as vezes que procuradores da Fazenda Nacional peticionam requerendo ao magistrado que oficie à Receita Federal para cumprir uma determinação ou prestar uma informação – como se fosse pessoa estranha à lide, e não órgão da União Federal –, já que, no âmbito interno, a determinação administrativa é solenemente ignorada.

²⁰³ “O não-fornecimento das informações solicitadas pelo Advogado da União ou seu encaminhamento tardio ou incompleto pode, portanto, implicar responsabilização civil, penal e administrativa do agente público incumbido de tal tarefa, com possibilidade e imposição de sanções de advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada, nos termos do artigo 127 da referida Lei nº 8.112/90.

[...] Em razão de tais peculiaridades, da estrutura altamente capilarizada da Administração Pública e das dimensões continentais do Estado brasileiro, é que merecem permanecer no ordenamento jurídico pátrio as prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, especialmente a constante do artigo 188 do Código de Processo Civil.

[...] Há que se ter em conta também que nem sempre os prazos diferenciados serão utilizados em sua integralidade, constituindo idéia equivocada e preconceituosa a de que os Advogados Públicos são interessados na eternização das relações processuais.” FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. *A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2527/a-independencia-e-a-autonomia-funcional-do-procurador-do-estado>>.

²⁰⁴ BRANDÃO, op. cit., p. 56.

²⁰⁵ “[...] Para este cometimento [*zelar precipuamente por todos os interesses da sociedade – interesses primários*], os membros da Advocacia de Estado têm, com muito mais razão, garantida sua independência funcional, na qual se inclui o mesmo e já referido indeclinável dever genérico de *custos legis*, no caso, voltado às atividades administrativas da unidade política a que está vinculado. É exatamente o que aguarda do

das informações necessárias para o deslinde da questão, o procurador deverá “se despir de preconceitos mesquinhos e do ideal eminentemente fazendário”, analisando o caso concreto com a preocupação única de desvendar qual o real interesse público primário a ser tutelado, a fim de bem desempenhar seu mister: “ele deve dar o direito a quem tem o direito, e defender a qualquer custo a Administração quando verificada a legalidade e correição de seus atos”.²⁰⁶

207 208

4.3 Prestações que dependem de requerimento à Administração Pública

Há diversas prestações cujo deferimento pela Administração depende de manifestação expressa de vontade do administrado, mediante requerimento administrativo: sem a provocação do beneficiário, o Poder Público não pode satisfazer o interesse.

No que diz respeito aos benefícios previdenciários, por exemplo, o pleito do interessado consiste em, perante o órgão estatal, descrever a situação de fato que demonstra sua sujeição concreta ao risco social definido em lei como ensejador do direito ao benefício

comportamento dos exercentes das funções essenciais à Justiça e é essa característica a que mais lhes exalta a importância e, por isso, mas se lhes agravam as responsabilidades de serem agentes institucionais fortes, inabaláveis e intransigentes com os valores históricos que sua profissão lhe confia [...] Realmente, os Advogados de Estado não necessitarão de autorização hierárquica ou de beneplácito superior para atuarem, de acordo com sua ciência e sua consciência, como órgãos tecnicamente independentes, pois que o são, do contrário, teriam frustrada sua missão de controle da juridicidade plena (compreendida a legalidade, a legitimidade e a licitude) e de mantenedores e aperfeiçoadores da ordem jurídica, funções essas que devem desempenhar como agentes constitucionais essenciais à justiça. No caso, a essencialidade dessa atuação, não será a de decidir de direito, tarefa que cabe aos agentes ativos da administração, mas será sempre, e em qualquer circunstância, a que lhes é típica e inalienável: a de sustentar o direito.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 186, 207, 209 e 213.

²⁰⁶ IWAKURA, op. cit., p. 78.

²⁰⁷ Tanto é assim que “resta concluir que o Poder Público tem o *dever de produzir a prova contra si*, não só quando houver previsão legal, mas também em atenção aos princípios constitucionais da publicidade, moralidade e transparência. Este dever, se violado, deve acarretar sanção por comportamento reprovável, mormente quando a documentação esteja na *esfera de responsabilidade* do Poder Público.” MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no Direito Processual Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 234.

²⁰⁸ Entretanto, a verdade é que, na prática, o sistema coíbe a atuação legítima dos procuradores públicos: “Assim, administrativamente muitos benefícios são indeferidos pelo fato de as peculiaridades que cercam o caso concreto não estarem previstas nas rígidas regras internas. A consequência natural de tal indeferimento administrativo é o processo judicial. Chegando tal demanda ao Judiciário, o procurador do INSS analisa o caso. Dentro de sua competência profissional, percebe que houve uma falha administrativa da autarquia em função de ilegalidade ou interpretação rigorosa das normas internas. Assim, apesar de ter ciência da alta probabilidade da demanda ser julgada procedente, mantém resistência ao processo por não haver previsão de acordo no caso concreto. O procurador que não oferece acordo, mas perde a causa e é condenado em verbas acessórias, não é investigado. Ao revés, aquele profissional jurídico que aplica a previsão legal e propõe acordo, gerando economia, pode ser alvo de fiscalização. A estrutura interna, portanto, incentiva a adoção de posturas antieconômicas.” FARIA, Roberto Gil Leal. “Por que são efetivados poucos acordos nos juizados especiais federais?”, *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro* n° 24, 2009.

postulado;²⁰⁹ sem o requerimento, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ou qualquer ente público responsável pelo sistema previdenciário não devem nem podem instituir benefícios a quem quer que seja, por não haver lei autorizando essa conduta.²¹⁰ Consoante a Lei nº 9.279/1996, a concessão de patentes pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) fica a depender de requerimento do interessado.²¹¹ Em sede tributária, nos termos da Lei nº 9.430/1996, a restituição ou compensação de valores pagos a maior por erro do contribuinte depende de este informar ao Fisco a existência de erro, retificá-lo e solicitar a devolução. Nos termos da Lei nº 9.507/1997, que regulamenta o direito à informação e o rito do *habeas data*, a prestação de informações não submetidas a sigilo deve ser atendida em prazo curto, cuja fluência tem início por ocasião do requerimento, assim como flui do

²⁰⁹ BIGOLIN, Giovanni. “O requerimento administrativo e o controle judicial dos benefícios previdenciários”, in ROCHA, Daniel Machado da (coordenador), *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, item 2.3.1.

²¹⁰ Nada impede que, futuramente, a lei passe a impor ao INSS a implantação de ofício de aposentadoria ou de qualquer outro benefício aos segurados quando, com dados objetivos que estão à sua disposição (idade do segurado, tempo de contribuição), constatar a aquisição do direito à prestação.

²¹¹ “O registro de marca é bem imaterial cuja propriedade confere ao seu titular exclusividade de uso em todo o território nacional. [...] O pedido segue o curso previsto nos arts. 155 a 166 da LPI, sendo, ao final, após exame técnico, deferido ou indeferido, com expedição do certificado de registro, caso concedido. [...]

Muitas vezes, o requerente da marca passa a usá-la de fato em seus produtos ou serviços antes da concessão do registro. Essa utilização, que não tem amparo no título de propriedade, pode estar violando signos distintivos protegidos de terceiros, como no caso de a marca usada reproduzir ou imitar marca já registrada por outrem, com afinidade mercadológica e suscetibilidade de causar confusão ao consumidor (art. 124, XIX, LPI). Para esses casos, o ordenamento jurídico-processual brasileiro oferece ao titular do direito lesionado ação para solicitar ao Poder Judiciário tutela jurisdicional específica, consistente em obrigação de não fazer, para inibir o uso indevido da marca, sob pena de multa e sem prejuízo de indenização por perdas e danos (arts. 287 e 461 do CPC).

A tutela outorgada nessas ações visa impedir que determinada pessoa use marca da qual não tem registro. Todavia, alguns demandantes pretendem ir além, solicitando ao juiz da causa providências de interferência no pedido de registro em tramitação no INPI. Sem percepção para a adequação processual do pleito, requerem que o magistrado determine o “sobrestamento”, a “suspensão”, o “arquivamento”, a “extinção”, o “indeferimento” ou até mesmo a “nulidade” do pedido em andamento. Tais pretensões, no entanto, refogem à competência do Judiciário e denotam falta de interesse de agir.

Nos termos do art. 129, caput, da LPI, só tem direito de uso exclusivo da marca quem adquire sua propriedade por registro validamente expedido. O simples pedido de registro depositado na autarquia confere mera expectativa de direito ao requerente. Uma vez que o INPI ainda não examinou o pedido, evidentemente não há o que ser impugnado judicialmente.

[...]

Cumpra à autarquia federal, como componente da Administração Indireta da União, a concessão de registro de marcas, cujas condições estão definidas na Lei da Propriedade Industrial e legislação aplicável. Por isso, a interferência na tramitação dos pedidos implica a assunção, pelo Judiciário, das atribuições conferidas ao INPI, na medida em que faz um prejulgamento daquilo que pode ou não ser registrado, violando o princípio da separação de poderes.

Não há dúvida de que a separação de poderes, além de pressupor as funções típicas de cada Poder, assegura o controle de um Poder pelo outro. Nesse sentido, o Poder Judiciário pode, por meio de seus órgãos, proceder ao controle de legalidade dos atos exarados por outros Poderes. Quando se trata de pedido, não houve ainda qualquer ato praticado pela autarquia. Logo, suspender o andamento do pedido de marca, negar-lhe prosseguimento administrativo ou indeferi-lo significa antecipar o julgamento de um objeto afeto às funções legais do INPI.” SOUZA, Antônio André Muniz de. “Pedido de Registro de Marca e Controle Jurisdicional”, *Revista da AGU* nº 7. Brasília: AGU, 2005. Disponível em:

<www.agu.gov.br/page/download/index/id/647733>.

requerimento o prazo para retificação de dados inexatos ou anotação de esclarecimento relevante; daí porque o art. 8º exige que a petição inicial do *habeas data* venha instruída com prova do indeferimento (ou do não atendimento no prazo),²¹² norma que o Supremo Tribunal Federal reputou constitucional,²¹³ como já constava de súmula do Superior Tribunal de Justiça.²¹⁴

Por outro lado, fora das hipóteses em que a lei condiciona o agir da Administração Pública à provocação expressa do interessado, ela deve atuar de ofício e, se não o faz, viola de imediato os direitos dos administrados,²¹⁵ podendo ser demandada em juízo desde logo.

²¹² Art. 8º. A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

I – da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

II – da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou

III – da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

²¹³ E M E N T A: HABEAS DATA – NATUREZA JURÍDICA – REGIME DO PODER VISÍVEL COMO PRESSUPOSTO DA ORDEM DEMOCRÁTICA – A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES – SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES (SNI) – ACESSO NÃO RECUSADO AOS REGISTROS ESTATAIS – AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR – RECURSO IMPROVIDO.

– A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial a caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível.

– O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta. Com essa vedação, pretendeu o constituinte tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado.

– O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros.

– Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem.

– O acesso ao *habeas data* pressupõe, dentre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse de agir. Ausente o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional.

– A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no *habeas data*. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do *habeas data*.

(STF, Pleno, RHD 22/DF, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 19/09/1991)

²¹⁴ Súmula 2 do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabe o *habeas data* (CF, Art. 5º, LXXII, letra a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa.”

²¹⁵ “[...] o reajustamento das prestações dos benefícios é medida decorrente de mandamentos constitucionais e legais e é independente da iniciativa do segurado, impondo-se ao agente estatal a iniciativa e autoridade própria para a sua implementação. A revisão dos critérios de reajustamento aplicados aos benefícios será, portanto, sempre um questionamento da Lei e da Constituição com raríssimos casos de exame de matéria de fato.

Se o pedido de benefício é medida prévia que alguém deve apresentar para que a prestação lhe seja satisfeita, na forma e nos termos da Lei, mediante processo administrativo regrado, o reajustamento da mesma prestação deve ocorrer da iniciativa e autoridade do próprio órgão encarregado da sua manutenção. O ato administrativo de revisar o benefício previdenciário não corresponde *per se* à entrega de uma prestação pública disponível, eis que o segurado já é titular do direito ao recebimento e a atividade de revisar deriva do ordenamento jurídico. A esfera de disponibilidade restringe-se à concessão, sendo que a atividade administrativa que a partir de então se instaura

4.4 Vantagens do processo administrativo

Como demonstra GIOVANI BIGOLIN, a via administrativa não é desprovida de vantagens em relação à judicial:²¹⁶

(i) Em se tratando de requerimento de benefício previdenciário, o requerente tem à sua disposição a justificação administrativa, gratuita, para buscar suprir a falta ou insuficiência de documento ou para produzir prova de fato ou circunstância de seu interesse (art. 142 do Decreto nº 3.048/1999).

(ii) As conseqüências da apresentação insuficiente de provas são menos drásticas na via administrativa. Se um filho menor requer pensão por morte de seu pai sem comprovar a relação de parentesco por certidão de nascimento, caberá ao INSS intimar o requerente para apresentar o documento e, se este disser que não o tem, a autarquia deverá pôr em campo os agentes do serviço social para que providenciem a certidão ou qualquer outro documento indispensável à obtenção do benefício (art. 161 do Decreto nº 3.048/1999);²¹⁷ em juízo, um magistrado mais rigoroso pode vir a julgar

passa a ser plenamente vinculada após a manifestação do interessado. Acaso o segurado vier a se rebelar contra os critérios de reajustamento não há, pois, necessidade de pleito administrativo, e estará desde logo configurado o conflito de interesses a propiciar o controle e revisão das decisões proferidas pelo Instituto.” BIGOLIN, op. cit., item 3.4.

²¹⁶ BIGOLIN, op. cit., item 2.4.

²¹⁷ “Como se comporta a Administração em tema de atribuição do ônus da prova? Seriam os órgãos da Administração capazes de promover uma justa distribuição do ônus da prova? No que tange à relação da *Administração Tributária* com os administrados, há quem sustente ser ela imparcial, porque se pode exigir a separação de funções dos ‘órgãos de lançamento’ e dos ‘órgãos de julgamento’ (imparcialidade de primeiro grau), e se estabelecer uma relação sem hierarquia entre esses órgãos com uma composição, por exemplo, paritária (imparcialidade de segundo grau) (ALBERTO XAVIER, *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*, pp. 45-46).

Em primeiro lugar, não há como se reconhecer a *imparcialidade* no processo administrativo, mormente porque muitos procedimentos são instaurados de ofício (CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ, *La prueba en el procedimiento administrativo*, p. 191). Ainda que haja a separação de funções, a ligação direta com o órgão impede um julgamento isento de influências. Em segundo lugar, é possível repetir as palavras ainda atuais de GILBERTO ULHÔA CANTO (*Processo tributário: Anteprojeto de lei federal orgânica do processo tributário e respectiva justificação*, in: *Revista de Direito Público*, vol. 7, p. 182), no sentido de que os órgãos administrativos, no Brasil, são subordinados ao Poder Executivo e por isso ‘sofrem tôda e inevitável sorte de pressões e desvirtuamentos que êsse Poder, eminentemente político, costuma exercer sôbre o que lhe é submisso’.

Parece, no entanto, ser possível exigir-se da Administração a *impessoalidade*, que nada mais é que um dever de não favorecer ou prejudicar quem quer que seja, como faceta da *igualdade perante a Administração*.

Alguns autores da doutrina nacional, com razão, exigem que o Poder Público demonstre a legalidade de sua atuação: ‘a Administração Pública tem o dever elementar de atuar conforme a lei, tem o dever de apresentar a motivação (explicitação dos motivos) de seus atos e decisões e tem o dever de dar transparência a seus atos, por força do princípio da publicidade.’ (SÉRGIO FERRAZ e ADILSON DE ABREU DALLARI, *Processo Administrativo*, p. 136). Se isto for correto, a Administração, assim como ocorre no processo judicial, deve comprovar os pressupostos fáticos legitimantes do ato administrativo.” MIRANDA NETTO, op. cit., pp. 244-245.

improcedente o pedido após o vencimento do prazo para o autor desincumbir-se do ônus da prova.

(iii) Os prazos fixados em lei para a conclusão dos procedimentos administrativos são razoavelmente curtos – certamente mais curtos que o tempo médio de tramitação de um processo judicial – e o vencimento do prazo sem resposta já viola o direito do administrado, autorizando-o a buscar legitimamente a via judicial. Partindo da premissa de que o INSS e a Receita Federal, dentre outras entidades, dispõem de servidores especializados (cômputo de tempo de serviço, conversão de tempo de serviço de especial em comum e vice-versa, análise de dados contábeis *etc*), a solução de diversas questões de ordem técnica tende a ser mais rápida que em juízo, já que o magistrado precisará se socorrer de peritos.

4.5 Ônus de cooperação do administrado com a Administração Pública para tornar viável a resposta ao requerimento administrativo

Para que a Administração Pública possa apreciar satisfatoriamente o requerimento formulado pelo administrado e emitir resposta fundamentada no prazo legal, impõe-se a cooperação deste, prestando esclarecimentos sempre que necessário. Não basta alegar situação de fato que, por se enquadrar na previsão legal, resulta em direito: não obstante a regra geral – constante do Decreto nº 6.932/2009 – dizer que o requerimento não pode deixar de ser recebido sob o argumento de insuficiente instrução,^{218 219} cabe ao interessado instruir o

²¹⁸ Decreto nº 6.932/2009:

[...]

Art. 5º. No atendimento aos requerimentos do cidadão, os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal observarão as seguintes práticas:

I – gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, nos termos da Lei no 9.265, de 12 de fevereiro de 1996;

II – padronização de procedimentos referentes à utilização de formulários, guias e outros documentos; e

III – vedação de recusa de recebimento de requerimentos pelos serviços de protocolo, salvo quando o órgão ou entidade for manifestamente incompetente.

§ 1º Na ocorrência da hipótese referida no inciso III, os serviços de protocolo deverão prover as informações e orientações necessárias para que o cidadão possa dar andamento ao requerimento.

§ 2º Após a protocolização do requerimento, caso o agente público verifique que o órgão ou entidade é incompetente para o exame ou decisão da matéria, este deverá providenciar a remessa imediata do requerimento ao órgão ou entidade competente.

§ 3º Quando a remessa referida no § 2º não for possível, o interessado deverá ser comunicado imediatamente do fato para adoção das providências a seu cargo.

Art. 6º. As exigências necessárias para o requerimento serão feitas desde logo e de uma só vez ao interessado, justificando-se exigência posterior apenas em caso de dúvida superveniente.

[...]

processo administrativo, se possível desde o primeiro momento, com toda a documentação necessária e com as provas do direito alegado que estejam à sua disposição.

Julgados antigos do Supremo Tribunal Federal consideram que, nos casos em que a Administração Pública, agindo regularmente dentro dos limites da lei, cobra do administrado algum esclarecimento ou comportamento positivo, se este se mantiver inerte, o indeferimento do requerimento não caracterizará resistência infundada; até que o administrado resolva a pendência referente ao processo administrativo, não haverá interesse processual a permitir o controle de legalidade do ato pelo Poder Judiciário.^{220 221}

Se, diante de um requerimento apresentado por um administrado, a Administração exige esclarecimentos, o requerente tem o ônus de prestá-los. Quem não se desincumbe do ônus de instruir o processo administrativo, ou de prestar os esclarecimentos que,

²¹⁹ Art. 105 da Lei nº 8.213/1991. A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício.

Instrução Normativa nº 45/2010:

[...]

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.

§ 1º Caso o segurado ou representante legal solicite o protocolo somente com apresentação do documento de identificação, como CTPS ou Carteira de Identidade, deverá ser protocolizado o requerimento e emitida exigência imediatamente e de uma só vez ao interessado, solicitando os documentos necessários, dando-lhe prazo sempre de no mínimo trinta dias para apresentação, justificando-se exigência posterior apenas em caso de dúvida superveniente.

§ 2º Esgotado o prazo estabelecido no § 1º deste artigo, não sendo apresentados os documentos e não preenchidos os requisitos, o processo será decidido, observado o disposto neste Capítulo, devendo ser analisados todos os dados constantes dos sistemas informatizados do INSS, para somente depois haver análise de mérito quanto ao pedido de benefício.

§ 3º O pedido de benefício não poderá ter indeferimento de plano, sem emissão de carta de exigência, mesmo que assim requeira o interessado.

§ 4º Para o caso em que o requerente não atenda a exigência, deverá a APS registrar tal fato no processo, devidamente assinado pelo servidor, procedendo a análise do direito e o indeferimento pelos motivos cabíveis e existentes, oportunizando ao requerente a interposição de recurso, na forma do que dispõe o art. 305 do RPS.

²²⁰ RECURSO DE MANDADO DE SEGURANÇA. DESPROVIMENTO. ABANDONADA A VIA ADMINISTRATIVA SEM QUE HOUVESSE FICADO PROVADA QUALQUER ARBITRARIEDADE POR PARTE DAS AUTORIDADES, NÃO HÁ COMO RESOLVÊ-LA NO JUDICIÁRIO. (STF, Pleno, RMS 6.320, Relator Ministro ARI FRANCO, julgado em 19/01/1959, publicado na p. 250 do DJ de 19/01/1959)

²²¹ A impossibilidade de o Judiciário decidir originariamente questão a respeito da qual a Administração não teve a oportunidade de se manifestar é consagrada por voto do Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA: “Trata-se, pois, na espécie, de Mandado de Segurança pelo qual o impetrante, para se livrar do ônus de prova necessária, pretende que o Egrégio Supremo Tribunal Federal execute funções da Divisão de Pessoal da DFSP, o que constitui um evidente desrespeito à mais alta Corte de Justiça do Brasil. Nenhum direito líquido e certo do impetrante foi violado, portanto, estando o reconhecimento do direito – que não é negado, na dependência de sua apresentação de documentos, necessários à boa instrução do processo.” (STF, Pleno, MS 7.375, Relator Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, julgado em 18/07/1960, publicado na p. 202 do DJ de 25/01/1961).

incidentalmente, forem solicitados, fatalmente obterá resposta desfavorável – situação análoga à extinção do processo judicial, sem apreciação do mérito, por abandono. Neste caso, a resposta desfavorável não caracterizará a resistência da Administração ao reconhecimento do direito alegado, e sim uma mera impossibilidade de deferir a prestação pretendida até que o administrado apresente as provas imprescindíveis.

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal há cinco décadas é sólido e não deve ser abandonado. O administrado que não forneceu todos os elementos necessários à emissão de uma decisão de mérito a respeito do direito alegado em sede administrativa não tem interesse processual de agir para levar o caso ao Judiciário, a menos que, na via judicial, (i) as exigências feitas pela Administração sejam impugnadas por abusividade ou ilegalidade, ou que (ii) não haja como produzir a prova exigida ou atender à exigência nos termos formulados na via administrativa.

4.6 Distinção entre “prévio requerimento” e “exaurimento das instâncias administrativas”

Há casos em que a concessão de direitos aos administrados pela Administração depende, em decorrência de lei que veda a atuação de ofício do administrador, de prévia postulação do interessado. Se, formalizado o requerimento, a Administração não proferir decisão na forma e no prazo previstos em lei, o administrado pode optar entre aguardar a resposta ou buscar a via judicial – porque o não atendimento do prazo já constitui violação a direito.

Se o requerimento foi apresentado e a resposta administrativa foi desfavorável, no todo ou em parte, está caracterizada a resistência ao direito alegado. O administrado que não se convencer do acerto da decisão terá, em regra, a possibilidade de interposição de recursos administrativos, tantos quantos previstos em lei, ou de socorrer-se junto ao Poder Judiciário.

MARIA LUCIA GOMES DE SOUZA aponta que é clara na doutrina a “impossibilidade de exigir-se o esgotamento da via administrativa, que não se confunde com o simples requerimento administrativo, mas que naturalmente o pressupõe, pois para exaurir a instância torna-se indispensável provocar inicialmente o ente público [...]”.²²² A interposição

²²² SOUZA, Maria Lúcia Gomes de. *O prévio requerimento administrativo como condição para o ajuizamento da ação contra o poder público sob a perspectiva do direito fundamental de acesso à justiça*. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Público da Universidade Federal Fluminense em convênio com o Conselho da Justiça Federal. Manaus: 2007, não publicada, p. 27.

do recurso administrativo é, portanto, uma faculdade à disposição do administrado, e não uma imposição, porque já existe uma manifestação da Administração que indeferiu a prestação decorrente do direito alegado – e, então, há ato passível de imediato controle judicial nos termos da garantia estatuída pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

A necessidade de formulação de requerimento administrativo para que o administrado busque uma manifestação expressa da Administração a respeito daquilo que afirma ser seu direito não se confunde, portanto, com (i) sujeitar-se à morosidade da Administração em emitir resposta nem com (ii) estar obrigado a interpor todos os recursos disponíveis na via administrativa de decisão que lhe seja desfavorável.²²³

O que se pretende esclarecer é, consoante lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que o Judiciário não pode dizer, à maneira de substituto, como o administrador deve atuar positivamente, embora precise emitir, auto-restringindo suas eleições no tocante ao mérito do ato administrativo, um juízo objetivo de como não deve agir o administrador.²²⁴ Como conclui GIOVANI BIGOLIN, a tutela administrativa sempre atua inicialmente, e a tutela jurisdicional se limita a revisar a legalidade do que foi cumprido pela primeira.²²⁵

²²³ “[...] Frise-se, contudo, a desnecessidade de esgotamento da via administrativa para configurar o interesse processual a propiciar o ajuizamento da demanda correspondente. A exaustão da via administrativa diz respeito, apenas, à utilização pelo segurado do recurso interno contra o ato administrativo. Não se confunde com a constituição originária do ato administrativo e tem por escopo combater a eficácia do ato motivado e negativo. Outrossim, embora seja obrigação impostergável da autarquia expedir o ato administrativo final da concessão ou não do benefício, ao segurado também cabe a sujeição ao procedimento e aguardo do resultado decisório. Essa espera, contudo, não pode ser infundável e deve guardar proporção razoável. Se o Estado não deve agir com demasia, tampouco deve atuar de modo insuficiente à consecução dos seus objetivos. Com efeito, o postulado da proporcionalidade impõe adequação axiológica e não se pode admitir que em nome do princípio da separação dos poderes seja sacrificado excessivamente o direito de petição aos órgãos públicos, bem como, correlatamente, o direito à prestação previdenciária pública.” BIGOLIN, op. cit., item 3.2.2.

²²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41.

²²⁵ BIGOLIN, op. cit., item 1.

5 PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO, EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E OSCILAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5.1 A jurisprudência anterior à Emenda Constitucional nº 01/1969: compatibilidade da garantia do controle jurisdicional com a exigência de exaurimento da instância administrativa

5.1.1 O art. 223 do Decreto-Lei nº 1.713/1939

O Decreto-Lei nº 1.713/1939, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, enunciava, no *caput* do seu art. 223, que “O funcionário só poderá recorrer ao Poder Judiciário depois de esgotados todos os recursos da esfera administrativa, ou após a expiração do prazo a que se refere o § 1º do art. 221”. O art. 221, § 1º, por sua vez, fixava prazo de noventa dias, a contar do recebimento, para decisão final dos recursos interpostos pelos funcionários.²²⁶

Instada a se manifestar sobre a constitucionalidade dessa norma, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 8.724, acompanhou o voto do Relator, Ministro ANIBAL FREIRE, para quem “o preceito é salutar, pois facilita ao poder administrativo reconsiderar as decisões dos seus agentes e em nada contraria a sistemática da Constituição”, já que “não se trata de vedar ao prejudicado o acesso ao judiciário, mas sim de condicionar esse apelo ao uso dos recursos administrativos [previstos] em lei”.²²⁷ Importante registrar que o julgamento se deu à luz não mais da Carta de 1937, mas sim da Constituição de 1946, a qual enunciava – em moldes muito próximos aos do atual art.

²²⁶ Esta norma foi editada sob a égide da Constituição de 1937, que limitava o âmbito da apreciação jurisdicional, excluindo o conhecimento de questões políticas (art. 94) e dos atos praticados em virtude dos estados de emergência ou de guerra (art. 170), e permitiu o afastamento dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Congresso Nacional, a juízo do Chefe do Poder Executivo (art. 96, parágrafo único).

²²⁷ Ementa do acórdão não disponível no site do Supremo Tribunal Federal. Os trechos do voto do Relator foram extraídos a partir de sua transcrição no voto proferido no Recurso Extraordinário 20.325 (STF, 1ª Turma, Relator Ministro LUIZ GALLOTTI, julgado em 19/06/1952, publicado na p. 11.056 do DJ de 09/10/1952).

5º, XXXV – que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, § 4º).

O Supremo, no julgamento do Mandado de Segurança 1.094, afirmou, como consta do voto do Relator, Ministro HAHNEMANN MACHADO, que “o ato administrativo não se torna perfeito, para que o funcionário possa recorrer ao Poder Judiciário, antes de encerrada a instância administrativa”, com a (sensata) ressalva constante do voto do Ministro MACEDO LUDOLF de que “Somente é de se admitir o pronunciamento do Poder Judiciário de imediato quando o ato tido como lesivo não seja de ficar suspenso em seus efeitos”.²²⁸

Ao julgar o Mandado de Segurança 1.599, a Corte deixou claro que o art. 223 do Estatuto dos Funcionários Públicos não comportava interpretação extensiva e, portanto, o esgotamento da via administrativa só poderia ser exigido dos funcionários que, nessa qualidade, pretendessem ir a juízo pleitear direito a ela inerente, não abrangendo os que pleiteiem direitos decorrentes de outra relação jurídica.²²⁹

A Primeira Turma, ao apreciar o Recurso Extraordinário 20.325, reiterou a compatibilidade da norma com a garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional, já que “a lei não excluiu a apreciação judicial, apenas a colocou na dependência do prévio uso dos recursos administrativos, em se tratando de funcionário público”, esclarecendo, ainda, que, “se o funcionário não mais pode usar o recurso administrativo porque decorreu o prazo para esse fim, e ainda não prescreveu a ação judicial, esta há de ser admitida”.^{230 231}

²²⁸ O ATO ADMINISTRATIVO NÃO SE TORNA PERFEITO, PARA QUE O FUNCIONÁRIO POSSA RECORRER AO PODER JUDICIÁRIO, ANTES DE ENCERRADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. ESTA NORMA É COMPATÍVEL COM O ART. 141, PAR. 24, DA CONSTITUIÇÃO. (STF, Pleno, MS 1.094 embargos / DF, Relator Ministro HAHNEMANN GUIMARAES, julgado em 09/08/1950, publicado na p. 9.323 do DJ de 12/10/1950)

²²⁹ – Proibição de recorrer o funcionário público ao Poder Judiciário, sem antes esgotar os recursos da esfera administrativa.
Essa proibição refere-se ao funcionário que nessa qualidade, vai a Juízo pleitear sobre direito a ela inerente, e não ao que litiga como pensionista do montepio militar.
– Prêmio de promoção, quando transferidos para a inatividade oficiais que serviram nas duas grandes guerras, de 1914 e 1939 (Leis 288 de 1948, 616 de 1949 e 1.156 de 1950).
Esta última lei faz referência aos militares que prestaram serviço na zona de guerra delimitada pelo art. 1. do Decreto 10.490 A de 25 de setembro de 1942, zona que abrange grande parte do território nacional.
Sendo essa delimitação relativa à segunda guerra mundial, que ameaçou nosso país de modo muito mais sério e amplo do que a primeira, é razoável a interpretação do Poder Executivo no sentido de que aí se visou a participação na segunda guerra e não na primeira.
Embora suscitando controvérsia tal interpretação, não é manifestamente violadora do texto legal, de modo a tornar cabível o mandado de segurança.
(STF, Pleno, MS 1.599/DF, Relator Ministro LUIZ GALLOTTI, julgado em 28/05/1952, publicado na p. 4.341 do DJ de 08/05/1952)

²³⁰ PROIBIÇÃO ESTATUTÁRIA DE RECORRER O FUNCIONÁRIO PÚBLICO AO PODER JUDICIÁRIO ANTES DE ESGOTAR OS RECURSOS DA ESFERA ADMINISTRATIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL NO SENTIDO DA CONSTITUCIONALIDADE DESSE DISPOSITIVO. SE O

Com a superveniência da Lei nº 1.711/1952, novo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (e, posteriormente, da Lei nº 8.112/1990), não foi reiterada a norma do art. 223 do Decreto-Lei nº 1.713/1939, motivo pelo qual, por falta de base legal, deixou de ser exigível a exaustão da via administrativa como requisito para acesso ao Poder Judiciário (bastando, portanto, o indeferimento do requerimento administrativo).^{232 233}

ESTATUTO DE SÃO PAULO REPRODUZIU O FEDERAL, É DE SE ADMITIR O RECURSO EXTRAORDINÁRIO DA ALINEA 'D' CONTRA O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL PAULISTA QUE APRECIOU, EM DISSÍDIO COM A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE, A QUESTÃO FEDERAL DE SABER SE O PRECEITO ESTATUTÁRIO É COMPATIVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O QUE ESTA, NO ART. 141, PARAGRAFO 4., NÃO PERMITE É QUE A LEI EXCLUA DA APRECIAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO QUALQUER LESÃO DE DIREITO INDIVIDUAL. E, NO CASO, A LEI NÃO EXCLUIU A APRECIAÇÃO JUDICIAL, APENAS A COLOCOU NA DEPENDÊNCIA DO PRÉVIO USO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS, EM SE TRATANDO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. SE O FUNCIONÁRIO NÃO MAIS PODE USAR O RECURSO ADMINISTRATIVO PORQUE DECORREU O PRAZO PARA ESSE FIM, E AINDA NÃO PRESCREVEU A AÇÃO JUDICIAL, ESTA HÁ DE SER ADMITIDA. MAS O PRAZO DE 120 DIAS, FIXADO PELO ESTATUTO PARA A RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA, NÃO SE REFERE A CASOS COMO O PRESENTE, EM QUE SE TRATAVA DE PLEITEAR-SE DETERMINADA APLICAÇÃO DE UMA NOVA LEI, QUE TROUXE MELHORIA DE PADRÃO A CERTOS FUNCIONÁRIOS. O PROBLEMA DA DERROGAÇÃO DA LEI POR DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE NÃO CHEGA A CONFIGURAR PROPRIAMENTE UMA ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI: BASTA CONSIDERAR QUE A DERROGAÇÃO PELA LEI NOVA, SE INCOMPATÍVEL COM A VELHA, SE DARIA, QUER FOSSE OU NÃO DE CATEGORIA CONSTITUCIONAL A DISPOSIÇÃO SUPERVENIENTE.
(STF, 1ª Turma, RE 20.325/SP, Relator Ministro LUIZ GALLOTTI, julgado em 19/06/1952, publicado na p. 11.056 do DJ de 09/10/1952)

²³¹ Nesse mesmo sentido: STF, 1ª Turma, RE 19.887/SP, Relator Ministro LUIZ GALLOTTI, julgado em 19/06/1952, publicado no DJ de 21/08/1952.

²³² RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SEU DESCONHECIMENTO.
(STF, 1ª Turma, RE 41.237, Relator Ministro ARI FRANCO, julgado em 02/04/1959, publicado na p. 865 do Ementário, volume 396-03)

²³³ Registre-se que, em 1964, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 430/STF, segundo a qual “Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança”. Há que se deixar claro que, ao consagrar essa orientação, a Corte Constituição não pretendeu desestimular o administrado a valer-se de recursos administrativos. O objetivo único da súmula era evitar que, praticado um ato administrativo desfavorável ao impetrado há mais de 120 dias, este protocolizasse “pedido de reconsideração” para obrigar a Administração a reiterar o ato e, assim, “contornar” o prazo decadencial. Nas palavras do Relator do Recurso Extraordinário 114.403, Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, “No pedido de reconsideração, [...] o indeferimento não passa de ratificação do ato primitivo, em face de cuja prolação permanece sendo computado o prazo de decadência. Na hipótese de recurso hierárquico [...] sobreveem um novo ato da autoridade ad quem, que é a impetrada, e só a partir de então é possível cogitar-se de aferir a decadência, pois é contra esse novo ato que se dirige o pedido de segurança.”

A propósito, segue a ementa do acórdão:

MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA NÃO CONSUMADA. ALEGAÇÃO IMPRODUTIVA DE CONTRARIEDADE DO ART. 153, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA COM A SÚMULA Nº 430, QUE SE APLICA À HIPÓTESE DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO E NÃO AO CASO DE RECURSO ADMINISTRATIVO HIERÁRQUICO.

(STF, 1ª Turma, RE 114.403, Relator Ministro OCTAVIO GALLOTTI, julgado em 27/10/1987, publicado na p. 25.114 do DJ de 13/11/1987)

5.1.2 O Decreto-Lei nº 3.855/1941

O Decreto-Lei nº 3.855/1941, Estatuto da Lavoura Canavieira, instituía o curso necessário da instância administrativa para a composição de litígios.²³⁴

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Conflito de Atribuições 5334, considerou inexistir afronta à garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional na obrigatoriedade de prévia submissão de litígios a respeito de cana de açúcar ao Instituto do Açúcar e do Alcool para que, apenas se a parte não se contentar com a solução técnica determinada pela instância administrativa, pudesse buscar a tutela do Poder Judiciário.^{235 236} Este precedente foi reafirmado doze anos depois, no julgamento do Conflito de Atribuições 13, com o adendo de que (como se verá adiante) o texto constitucional passou a prever expressamente a

²³⁴ Art. 107 Os litígios entre fornecedores e recebedores, derivados do fornecimento, que não forem compostos, mediante conciliação, pelas Comissões de Conciliação, serão dirimidos, privativamente, pela Comissão Executiva ou pôr uma de suas Turmas, nos termos deste Estatuto.

Parágrafo único. Serão também dirimidos pela Comissão Executiva, ou pôr uma de suas turmas, os conflitos a que se refere a Secção 2ª do Título V.

Art. 108 Nos litígios a que se refere o artigo anterior, nenhuma das partes poderá recorrer à justiça ordinária, sem esgotar, preliminarmente, os recursos administrativos instituídos neste Estatuto.

Parágrafo único. Será indeferida pelo juiz a petição inicial que não vier desde logo instruída com a prova da circunstância a que alude este artigo.

Art. 109 A justiça ordinária não poderá conhecer de qualquer dos litígios referidos no art. 107º, enquanto não for anulada judicialmente a decisão proferida, sobre o mesmo, pelas Turmas de Julgamento ou pela Comissão Executiva.

Art. 110 A ação para anular as decisões proferidas pelas Turmas de Julgamento ou pela Comissão Executiva prescreve no prazo peremptório de 60 dias, a contar da data da publicação da decisão no Diário Oficial da União.

Art. 111 A ação de anulação de que trata o artigo anterior será proposta no juízo privativo da União, no Distrito Federal, com a citação do presidente do I. A. A. e do representante da União Federal que funcionará como assistente.

Art. 112 No julgamento dos conflitos a que se refere o artigo 107º, aplicar-se-á a legislação especial à economia açucareira, a equidade e, subsidiariamente, o direito comum e os usos e costumes, em tudo quanto não contrarie àquela.

²³⁵ CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – LITÍGIO ENTRE FORNECEDOR E RECEBEDOR DE CANA DE AÇÚCAR. CONTRATO MISTO, DE ARRENDAMENTO DA PROPRIEDADE RURAL E DE FORNECIMENTO DE CANA, NO QUAL SOBREVEM RELAÇÕES JURÍDICAS REGIDAS PELO ESTATUTO DA LAVOURA CANAVIEIRA (DL.3.883, DE 21.11.41). SUBMISSÃO OBRIGATÓRIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE E COMPETENTE A QUARTA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DO INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ALCOOL. (STF, Pleno, CA 5.334, Relator Ministro ADAUCTO CARDOSO, julgado em 22/04/1970, publicado na p. 6.324 do DJ de 18/12/1970)

²³⁶ O voto do Relator, Ministro ADAUCTO CARDOSO, sobre o ponto, se resume a um parágrafo: “Não se pôs em dúvida a constitucionalidade da jurisdição administrativa prévia criada pelo E.L.C. para conciliar ou dirimir os litígios decorrentes de negócios sobre cana de açúcar entre fornecedores e Usinas. Em admirável dissertação sobre o exercício de funções jurisdicionais por órgãos da administração, o professor Bilac Pinto salienta que ‘o Supremo Tribunal Federal tem julgado, em várias oportunidades, que os tribunais acatem, em princípio, como verdadeiras as decisões proferidas sobre fatos nas instâncias administrativas de caráter técnico’. E cita como exemplo o Tribunal Marítimo Administrativo, equiparando-o às Comissões de Conciliação do Instituto do Açúcar e do Alcool (“Estudos de Direito Público”, págs. 285, 286, 293).”

possibilidade de condicionamento, por lei, do acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa.²³⁷

5.2 A jurisprudência posterior às Emendas Constitucionais nº 01/1969 e 07/1977

5.2.1 O art. 111 da Emenda Constitucional nº 01/1969

Apesar de a Lei nº 1.711/1952, ao instituir o novo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, não haver reiterado a norma do art. 223 do Decreto-Lei nº 1.713/1939, a redação atribuída ao art. 111 da Constituição de 1967 pela Emenda Constitucional nº 01/1969 passou a prever a criação, por lei, de contencioso administrativo para julgamento das causas referentes a litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores – sujeitos a qualquer regime jurídico – com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais.²³⁸

5.2.2 O art. 15 da Lei nº 5.316/1967 e a Súmula 552/STF

O *caput* do art. 15 e seu § 2º, da Lei nº 5.316/1967, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 893/1969, dispunham, respectivamente, que “O acidentado, seus beneficiários, a empresa ou qualquer outra pessoa poderão, diretamente ou por intermédio de advogado,

²³⁷ – CONSTITUCIONAL. AGRO-INDÚSTRIA CANAVIEIRA. CONFLITO ENTRE PROPRIETÁRIO E ARRENDATÁRIO DE FUNDO AGRÍCOLA, FORNECEDOR DE CANAS A USINA. SOLUÇÃO ADMINISTRATIVA PELO ÓRGÃO DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO, CONSOANTE O ART. 100 DO ESTATUTO DA LAVOURA CANAVIEIRA, DECRETO-LEI N. 3.855, DE 21.11.41. PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA, COMO CONDIÇÃO PARA O INGRESSO DO LITÍGIO NO PODER JUDICIÁRIO. SOLUÇÃO QUE, SEGUNDO O ACÓRDÃO DO STF NO CONFLITO 5.334, TRJ 56/80, NÃO OFENDE A CONSTITUIÇÃO, E HOJE MAIS AINDA SE JUSTIFICA, ANTE A EXPLICITAÇÃO CONTIDA NA SEGUNDA PARTE DO PARÁGRAFO 4. DO ART. 153, INTRODUZIDA PELA EC N. 7, DE 13.4.77.
(STF, Tribunal Pleno, CA 13, Relator Ministro DÉCIO MIRANDA, julgado em 26/08/1982, publicado na p. 2.485 do DJ de 26/08/1982)

²³⁸ Art. 110. Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juízes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos.

Art. 111. A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior.

depois de esgotada a via recursal da previdência social, mover ação contra a previdência social, para reclamação de direitos decorrentes desta Lei” e “A prova da decisão final da previdência social é peça essencial para instauração do procedimento judicial de que trata este artigo”.

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 72.071, considerou que, enquanto não houvesse regulamentação, a norma seria inexecutável.^{239 240}

Após a regulamentação do art. 15 da Lei nº 5.316/1967 pelo Decreto nº 71.037/1972, o Tribunal Constitucional, em acórdão unânime proferido no julgamento do Recurso Extraordinário 78.806,²⁴¹ decidiu que a exigência, instituída por lei ordinária, de prévio esgotamento da instância administrativa como condição para viabilizar o exercício regular do direito de ação em face da Previdência Social não afrontava a garantia constante do art. 153, § 4º, da então vigente Constituição de 1967, segundo a qual “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. O voto do Ministro Relator, acompanhado pelos seus pares, endossou integralmente o parecer do Ministério Público, calcado no fundamento de que a exigência, por lei, do prévio exame do direito material alegado pelas partes à instância administrativa – mais familiarizada com os regulamentos, portarias, e tabelas de regência, e melhor aparelhada para a realização de perícias –, longe de afastar ou postergar indefinidamente a possibilidade de pronunciamento do Estado-Juiz (inclusive, o Decreto regulamentador fixava prazo rígido para a solução

²³⁹ AÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO. EXAUSTÃO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA, NOS TERMOS IMPOSTOS PELO DL. 893/1969, ART. 1, II, (ART. 15 E PAR. 2 DA LEI 5.316/67). II. CARECE O DL. 893/69 DE PRÉVIA REGULAMENTAÇÃO PARA SE TORNAR EXEQUÍVEL, NO QUE SE REFERE AO INGRESSO DO INFORTUNADO EM JUÍZO. III. MANTENDO O ARESTO RECORRIDO A DECISÃO DE 1 GRAU QUE IMPUSERA AO ACIDENTADO, COMO CONDIÇÃO PROCESSUAL, A APRESENTAÇÃO DE PROVA DE EXAUSTÃO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA, CONTRARIOU A CONSTITUIÇÃO ART. 153, PARS. 4 E 2, JUSTIFICANDO O CONHECIMENTO E O PROVIMENTO DO EXTRAORDINÁRIO FUNDADO NO ART. 119, III, A, DAQUELA CARTA. RECURSO PROVIDO. (STF, Tribunal Pleno, RE 72.071, Relator Ministro THOMPSON FLORES, julgado em 01/09/1971, publicado na p. 28 do DJ de 15/10/1971)

²⁴⁰ Nesse mesmo sentido, STF, 1ª Turma, RE 72.520, RE 72.747, e RE 73.389, todos relatados pelo Ministro AMARAL SANTOS; STF, 2ª Turma, RE 73.610, Relator Ministro ANTONIO NEDER, e RE 78.272, Relator Ministro THOMPSON FLORES.

²⁴¹ – Ação de acidente do trabalho. Exaustão da via administrativa (art. 15 e § 2º da Lei nº 5.316/67, na redação dada pelo Decreto-lei nº 893/69). A regulamentação dada à matéria pelo Decreto nº 71.037, de 29.08.72, tornou exequíveis, sem ofensa aos postulados constitucionais, os preceitos legais que a disciplinam. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, Tribunal Pleno, RE 78.806, Relator Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, julgado em 19/09/1974, publicado na p. 7.942 do DJ de 25/10/1974)

administrativa das questões, após o qual o interessado passaria a ter acesso imediato ao Judiciário), visava a “aplainar o terreno das discussões para a posterior e definitiva manifestação do poder jurisdicional do Estado”, até porque as conclusões da Administração poderiam ser favoráveis ao interessado. Noutros termos, sem subtrair a manifestação do Poder Judiciário, concluiu-se no sentido de reservar à Administração o exame dos pleitos dos administrados, cabendo àquele decidir apenas sobre os pontos que permanecessem sendo objeto de controvérsia após a apreciação administrativa por órgãos especializados, “sob pena de sucumbir, ele próprio [o Poder Judiciário], no emaranhado de matérias hoje cada vez mais diversificadas, a reclamar o pronunciamento preliminar de especialistas no assunto”.²⁴²

Seguiram-se outros julgamentos corroborando o *leading case*,²⁴³ dos quais decorreu a edição do verbete 552 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “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.”

²⁴² O parecer do Ministério Público que foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, redigido pelo Procurador da República WALTER JOSÉ DE MEDEIROS, tinha o seguinte conteúdo:

“[...] Não há, porém, guarida para a apontada inconstitucionalidade do Decreto 71.037/72, que, bem ao invés de furtar à apreciação do Judiciário as questões decorrentes do infortúnio trabalhista, procura aplainar o terreno das discussões para a posterior e definitiva manifestação do poder jurisdicional do Estado. Bem se vê que os litígios oriundos de acidente laborativo versam matéria eminentemente técnica, com freqüentes incursões a tabelas, regulamentos, portarias, além de perícias médicas que, em condições muito precárias, são realizadas em juízo. Ora, assunto assim tão técnico merece submetido (sic) a um processo de triagem preliminar, agora representado pela instância administrativa, onde serão avaliados e sopesados os efeitos e as seqüelas do acidente laborativo. Após esse processo inicial, com cujas conclusões poderá até o interessado colocar-se de acordo, abir-se-á (sic) o competente ‘due process of law’, acaso ainda persista alguma lesão ao direito individual.

A franquia constitucional, consistente na apreciação pelo Judiciário de eventual lesão aos direitos do cidadão, esta permanece íntegra, submetida apenas, no tempo, ao exaurimento da via administrativa. Nem se oponha a esta o argumento de que a burocracia poderá eternizar o processo de reparação, porque é o próprio decreto regulamentador que impõe prazos rígidos para a tramitação do processo no âmbito da administração, sob cominações severas ao funcionário faltoso, como dispõe o § 2º do art. 5º do Decreto questionado.

Em verdade, a autarquia previdenciária, órgão da administração indireta, tem, como *longa manus* do Estado, o mesmo dever que este, de prover as necessidades dos seus segurados, não sendo lícito opor-lhe, de plano, a pecha de incapaz de realizar os objetivos a que se propôs. Busca-se, enfim, dotar o Estado de instrumentos mais eficazes e prontos no cumprimento de obrigação tão fundamental, qual seja, a de amparar os acidentados no trabalho. Ao mesmo tempo e por via oblíqua, procura-se, sem subtrair a manifestação do Judiciário, reservar-lhe o exame mais depurado de questões sabidamente técnicas, cuja solução, em juízo, torna-se muito mais onerosa, se não tem a precedê-la o exame de órgãos especializados como os que integram a Previdência Social.

O Poder Judiciário há que ser permeável e receptivo a inovações desse gênero, sob pena de sucumbir, ele próprio, no emaranhado de matérias hoje cada vez mais diversificadas, a reclamar o pronunciamento preliminar de especialistas no assunto. Pois a nada mais além disso se propõe o I.N.P.S.: colaborar com o Judiciário, ministrando de pronto aos seus filiados a assistência securitária a que fazem jus em caso de acidente de trabalho, sem lhes furtar o direito inalienável de recorrer às vias judiciais, acaso remanesçam quaisquer resquícios de lesão a direito individual.

Em conclusão, calcado que se acha o recurso na alegada violação ao art. 153, § 4º, da Constituição, não nos parece deva ser conhecido, porquanto, consoante se demonstrou, o Decreto 71.037, de 29.8.72, cata obediência ao texto constitucional.”

²⁴³ Dentre outros, os Recursos Extraordinários 79.650, 80.028, 80.699, 80.742, 85.582, 86.831 e 87.372.

O entendimento sumulado não deixou o segurado entregue ao arbítrio do então chamado Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), nem absolutamente privado do acesso ao Poder Judiciário. Isto porque, em diversas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a via judicial estava aberta de imediato²⁴⁴ quando a Administração se manifestasse prematuramente pelo indeferimento do requerimento administrativo ou quando descumprisse os prazos para apreciação do requerimento.^{245 246 247 248}

²⁴⁴ Isto não significa que, em algumas ocasiões, o segurado não tenha ficado entregue à própria sorte. Há pelo menos um julgado – Agravo de Instrumento 67.006 (cuja ementa segue adiante transcrita) – em que o Supremo Tribunal Federal reputou insuficiente o descumprimento, pelo INPS, dos prazos legais para agendamento de perícia, exigindo do segurado que recorresse administrativamente contra a demora.

AÇÃO ACIDENTÁRIA. NÃO SE CONSIDERA ESGOTADA A VIA ADMINISTRATIVA SE, NÃO MARCADA A PERÍCIA MÉDICA PELO INPS NO PRAZO ESTABELECIDO PELO ART. 2 DO DECRETO 71.037/72, O INTERESSADO, SEM RECORRER CONTRA ESSA OMISSÃO, AJUIZA A AÇÃO ACIDENTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PAR. 4 DO ARTIGO 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(STF, 2ª Turma, AI 67.006, Relator Ministro MOREIRA ALVES, julgado em 14/06/1976, publicado na p. 7.082 do DJ de 16/08/1976)

²⁴⁵ **AÇÃO ACIDENTÁRIA. EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA (ART. 15 E § 2º DA LEI N. 5.316/67, NA REDAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº893/69, REGULAMENTADOS PELO DECRETO Nº 71.037/72). CARÊNCIA DECRETADA. CASO EM QUE, PORÉM, DEVE CONSIDERAR-SE ATENDIDO O REQUISITO LEGAL, PROSSEGUINDO-SE NO JULGAMENTO DA CAUSA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.**

(STF, 2ª Turma, RE 81.587, Relator Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, julgado em 22/08/1975, publicado na p. 6.522 do DJ de 22/08/1975)

Transcrevemos parte do voto do Relator:

“[...] Argüi ele, porém, do mesmo passo, matéria remanescente, e sustenta que, no caso, exauriu-se a via administrativa, com o que, negando-se a reconhecê-lo, o acórdão recorrido violou as próprias normas discutidas. E tem razão.

A partir da data do acidente, o recorrente esteve em tratamento médico do qual teve alta. Continuando a não poder trabalhar, a empresa o reencaminhou ao Instituto para reinício do tratamento. Foi esta, contudo, a resposta que dele recebeu (fls. 9v): ‘face à conclusão da Perícia Médica, considerando que o segurado é portador de incapacidade, porém não relacionada com o acidente sofrido, não poderá ser reaberto o seu processo de acidente.’

Que mais se haveria de reclamar para considerar-se exaurida a via administrativa?

A julgar por este caso e por outros que me têm vindo às mãos, temo que haja sido confiante demais o julgamento que o Plenário proferiu, seguindo meu voto, no RE 78.806, já referido. Na ordem prática, parece-me que as coisas não se têm passado como na letra do decreto regulamentador. Reexaminarei a questão constitucional após novas observações e reflexões.

Considero que, no caso, ainda admitindo-se a constitucionalidade dos preceitos em causa, exauriu-se a via administrativa, podendo ser intentada a ação judicial.

Conheço do recurso e lhe dou provimento para que o Tribunal a quo, afastada a preliminar, julgue os recursos, pela matéria remanescente, como entender de direito.”

²⁴⁶ **AÇÃO ACIDENTÁRIA. EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA (ART. 15 E § 2º DA LEI Nº 5.316/67, NA REDAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº893/69, REGULAMENTADOS PELO DECRETO Nº 71.037/72). DESCUMPRIDA PELO INSTITUTO A REGULAMENTAÇÃO QUE COMPATIBILIZARIA COM A CONSTITUIÇÃO A EXIGÊNCIA LEGAL, DEVE ESTA SER HAVIDA COMO SATISFEITA. CARÊNCIA AFASTADA.**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(STF, 2ª Turma, RE 82.449, Relator Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, julgado em 31/10/1975, publicado na p. 8.666 do DJ de 21/11/1975)

Há um julgado, inclusive, em que o segurado, insatisfeito com o resultado desfavorável de perícia feita pelo INPS, interpôs recurso administrativo e, quarenta e cinco dias depois, propôs demanda judicial. A sentença julgou procedente o pedido, mas o Tribunal Federal de Recursos extinguiu o processo sem apreciação do mérito por considerá-lo prematuro, já que o prazo de noventa dias para apreciação do recurso administrativo não se havia esvaído ainda no momento do ajuizamento. O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Recurso Extraordinário 85.277 para, superando o óbice apontado, considerar que, como própria autarquia-ré informou na contestação que o recurso administrativo ainda não tinha sido julgado (passados cinco meses desde sua interposição), não se verificava, no momento do despacho saneador, nenhuma das hipóteses previstas no art. 267 do Código de Processo Civil.²⁴⁹ ²⁵⁰ Afastou-se, portanto, o rigor processual excessivo que prestigiaria a

Transcrevemos parte do voto do Relator:

“O recorrente requereu ao recorrido, a 30.7.73, os benefícios da lei de acidentes do trabalho. Tinha este, segundo o Decreto nº 71.037/72, o prazo de cinco dias para submetê-lo a perícia médica. Não o fez nem no triplo desse prazo, pelo que o recorrente intentou a ação judicial.

Já no curso desta e diante da preliminar de carência levantada na contestação, o recorrente ainda requereu ao Juiz a expedição de ofício ao Instituto, para que designasse data para a perícia médica no prazo de cinco dias, sob pena de ser esgotada a via administrativa. Foi isso feito, e o Instituto respondeu vagamente que já havia iniciado as entrevistas de segurados, para encaminhamento à perícia médica, pelo que o autor lhe deveria ser apresentado para o fim de ser entrevistado. Note-se que de tal entrevista não cogita o Decreto nº 71.037/72.

Descumprida pelo Instituto a regulamentação que compatibilizaria com a Constituição a exigência de exaustão da via administrativa, estou em que deve esta ser havida como satisfeita.”

²⁴⁷ AÇÃO ACIDENTÁRIA. EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA, NOS TERMOS DO ART. 15, § 2º, DA LEI Nº 5.316/67, NA REDAÇÃO DO D.L. Nº 893/69, REGULAMENTADO PELO DEC. Nº 71.037/72. DESCUMPRIDA PELO INSTITUTO A REGULAMENTAÇÃO DO PROCEDIMENTO QUE A HARMONIZA COM A CONSTITUIÇÃO, ART. 153, § 4º, IMPOSTA EM DESATENÇÃO A ESTE, JUSTIFICA-SE O CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. PRECEDENTES DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(STF, 1ª Turma, RE 86.957, Relator Ministro THOMPSON FLORES, julgado em 03/04/1979, publicado na p. 3.520 do DJ de 04/05/1979)

²⁴⁸ AÇÃO ACIDENTÁRIA. EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA (ART. 15 E § 2º DA LEI Nº 5.316/67, NA REDAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 893/69, REGULAMENTADOS PELO DECRETO Nº 71.037/72). DESCUMPRIDA PELO INSTITUTO A REGULAMENTAÇÃO QUE COMPATIBILIZARIA COM A CONSTITUIÇÃO A EXIGÊNCIA LEGAL, DEVE ESTA SER HAVIDA COMO SATISFEITA. CARÊNCIA AFASTADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(STF, 2ª Turma, RE 88.115, Relator Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, julgado em 11/11/1977, publicado na p. 87.451 do DJ de 02/12/1977)

²⁴⁹ ACIDENTE DO TRABALHO. EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA. CASO EM QUE SE DEVE CONSIDERAR ATENDIDO O REQUISITO LEGAL, PROSSEGUINDO-SE NO JULGAMENTO DOS RECURSOS OPOSTOS DA SENTENÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (STF, 1ª Turma, RE 85.277, Relator Ministro BILAC PINTO, julgado em 08/11/1977, publicado na p. 8.748 do DJ de 02/12/1977)

²⁵⁰ Também no Recurso Extraordinário 86.957 (cuja ementa segue adiante transcrita), houve propositura prematura da demanda, vício que foi tido por sanado, uma vez que, no curso da instrução, viu-se que o INPS continuava a desatender os prazos impostos pelo Decreto nº 71.037/1972.

formalidade em detrimento do conteúdo, para fazer prevalecer a solução de bom senso que preservava o valor da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Por fim, a Lei nº 6.367/1976 sucedeu e revogou expressamente a Lei nº 5.316/1967, sem repetir em seu texto a exigência de prévio esgotamento das instâncias administrativas. Com isto, a Súmula 552/STF restou superada.

5.2.3 Os arts. 153, § 4º e 203 da Constituição de 1967, conforme a Emenda Constitucional nº 07/77

O entendimento do Supremo Tribunal Federal de que lei federal poderia exigir o prévio esgotamento das instâncias administrativas²⁵¹ foi reforçado com a publicação da Emenda Constitucional nº 07/1977.

A Emenda em questão acrescentou uma segunda parte ao art. 153, § 4º, da Constituição de 1967, permitindo o condicionamento do ingresso em juízo ao prévio esgotamento das vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para decisão sobre o pedido.²⁵²

ACÇÃO ACIDENTÁRIA. EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA, NOS TERMOS DO ART. 15, PAR 2. DA LEI N. 5.316/67, NA REDAÇÃO DO D.L. N. 893/69, REGULAMENTADO PELO DEC. N. 71.037/72. DESCUMPRIDA PELO INSTITUTO A REGULAMENTAÇÃO DO PROCEDIMENTO QUE A HARMONIZA COM A CONSTITUIÇÃO, ART. 153, PAR 4, IMPOSTA EM DESATENÇÃO A ESTE, JUSTIFICA-SE O CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. PRECEDENTES DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.
(STF, 1ª Turma, RE 86.957, Relator Ministro THOMPSON FLORES, julgado em 03/04/1979, publicado na p. 3.520 do DJ de 04/05/1979)

²⁵¹ MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA IMPOSIÇÃO FISCAL, IMPETRADO APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO PARA RECURSO ADMINISTRATIVO NÃO UTILIZADO PELO CONTRIBUINTE. INEXISTÊNCIA DE LEI LOCAL INSTITUINDO A OBRIGATORIEDADE DA EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA, CONDIÇÃO DE AÇÃO DE QUE, ADEMAIS, SÓ A LEI FEDERAL (TAMBÉM INEXISTENTE) PODERIA COGITAR. CARÊNCIA INDEVIDAMENTE DECRETADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO, POR VIOLAÇÃO DO PARÁGRAFO 4 DO ART. 153 DA CONSTITUIÇÃO (REDAÇÃO DADA PELA EMENDA N. 7-77), PARA QUE O TRIBUNAL A QUO JULGUE O MÉRITO DA IMPETRAÇÃO.
(STF, 1ª Turma, RE 107.445, Relator Ministro OCTAVIO GALLOTTI, julgado em 11/03/1988, publicado na p. 16.904 do DJ de 01/07/1988)

²⁵² Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

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.

....

Introduziu, também, o art. 203, autorizando a criação de contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para decidir questões fiscais e previdenciárias (inclusive relativas a acidentes de trabalho).²⁵³

Tanto na hipótese do art. 111 quanto naquela do art. 203, não se criou uma Justiça Administrativa propriamente dita, porque em ambos constava alusão expressa ao art. 153, § 4º, e porque a regra do art. 204, também introduzida pela Emenda nº 07/1977, autorizava a lei a permitir que a parte vencida na instância administrativa buscase a revisão da decisão desfavorável diretamente junto ao Tribunal, sem passar pelo juiz singular.^{254 255}

Por fim, o art. 205 passou a prever que os conflitos entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, seriam decididos, na forma da lei, pela autoridade administrativa, ressalvando, ao final, a anulação da decisão pelo Poder Judiciário exclusivamente por provocação do acionista prejudicado.²⁵⁶

Na esteira da jurisprudência já firmada, a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 07/1977 foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal não como uma delimitação expressa dos únicos campos em que a lei poderia condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao prévio exaurimento da via administrativa, mas como um elenco daqueles cujas decisões administrativas não poderiam ser impugnadas judicialmente diretamente perante os Tribunais, sem prejuízo de que a lei ordinária federal previsse outros casos de condicionamento.²⁵⁷ Neste sentido, o voto do Ministro DÉCIO MIRANDA no Conflito de Atribuições 13:²⁵⁸

O parecer, forte no precedente de que foi relator o saudoso Ministro Aducto Cardoso (acórdão no Conflito de Jurisdição 5.334, RTJ 56/80), indica a solução apropriada ao caso.

É de salientar que, ao tempo da prolação daquele acórdão, o parágrafo 4º do art. 153 da Constituição ainda soava sem qualquer ressalva. Dizia, simplesmente,

²⁵³ Art. 203. Poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho (Art. 153, § 4º).

²⁵⁴ Art. 204. A lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa (Artigos 111 e 203) requeira diretamente ao Tribunal competente a revisão da decisão nela proferida.

²⁵⁵ CELSO RIBEIRO BASTOS anota que a intenção não era a de criar um contencioso administrativo nos moldes do sistema europeu, e sim instituir instância administrativa de curso forçado. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, pp. 368-369.

²⁵⁶ Art. 205. As questões entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, serão decididas pela autoridade administrativa, na forma da lei, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão.

²⁵⁷ Vide RE 107.445, cuja ementa foi transcrita na nota 251.

²⁵⁸ Ementa transcrita em nota anterior.

que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Hoje, com a introdução, pela Emenda Constitucional nº 7, de 13.4.77, da parte final do aludido parágrafo 4º, a dizer que “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”, mais se fortificou a solução adotada no referido precedente.

Nem se diga que o prévio exaurimento das vias administrativas somente se poderá admitir no regime daquele contencioso administrativo que a Constituição prevê, limitadamente, no art. 203, “para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes de trabalho”, e, no art. 111 c/c o art. 110, “para os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais”.

Para tais questões administrativas, admite-se um regime de contencioso administrativo, de possível utilização até pelo Estado-membro na esfera fiscal e previdenciária segundo o referido art. 203, que não somente precede e previne o ingresso em Juízo, como oferece a peculiaridade de substituir o primeiro grau da instância judicial, se assim dispuser o legislador.

É o que decorre do art. 204, a dizer que, se a lei o permitir, a parte vencida no contencioso administrativo poderá requerer ao Tribunal competente (e não ao Juízo de primeiro grau) a revisão da decisão naquele proferida.

Mas, afora esse contencioso administrativo específico, regrado na própria Constituição para relações de trabalho e para questões fiscais e previdenciárias, nestas incluídas as de acidentes do trabalho, não se deve descartar a possibilidade de a lei ordinária federal instituir o prévio esgotamento da via administrativa para outras questões.

Nesse outro contraditório administrativo, inespecífico, não pode a lei suprimir o primeiro grau da jurisdição judicial, como é admitido para o contencioso constitucionalmente regrado, mas não está impedida de adiar-lhe a manifestação até a solução na via administrativa.

Justifica-se tal adiamento nas matérias cujo deslinde depende de conhecimentos técnicos altamente especializados, ou submetidos a forte controle governamental, como é o da espécie dos autos, que trata de relações econômicas entre os participantes de setor intensamente regrado da economia, o da indústria açucareira, no qual convivem em íntima simbiose o plantador e fornecedor de cana, o proprietário do fundo agrícola e o usineiro.

Nesses casos, o prévio esgotamento da via administrativa é admissível como condição da ação judicial e se destina a enriquecer de dados úteis o material subsequente trazido ao exame do Poder Judiciário, facilitando e dignificando a atividade deste.

Não é inconstitucional esse regime, eis que a Constituição, regrado o contencioso administrativo em certas espécies, a que proporciona até mesmo o alcance, *per saltum*, da segunda instância judicial, não o proscribe em outras, com o só efeito de adiar o acesso a juízo, consoante a segunda parte da atual redação do art. 153.

Os demais Ministros acompanharam o Relator, tendo o Ministro CORDEIRO GUERRA acrescentado a pertinente consideração de que “toda a massa obreira que produz cana em terras alheias fique sujeita à ação individual antes de ter tentado uma conciliação, no sentido da continuidade da exploração econômica”, pois “é uma prática que se vai generalizando no mundo a de procurar conciliar por órgão técnico, para que, só em caso de divergências irremovíveis, se exerça o Poder Judiciário”.

5.3 Da superação da exigência do exaurimento da via administrativa à repentina dispensa do prévio requerimento administrativo

Após a superação da Súmula 552/STF, seria natural que o Supremo Tribunal Federal dispensasse o exaurimento da via administrativa (tal como antes exigido pelo art. 223 do Decreto-Lei nº 1.713/1939 e pelo art. 15 da Lei nº 5.316/1967) e considerasse suficiente o simples indeferimento do requerimento administrativo para reputar caracterizado o interesse processual de agir. Ocorre que, ao menos em questões previdenciárias, a jurisprudência repentinamente deixou de exigir até mesmo o indeferimento na via administrativa.

No Recurso Extraordinário 87.160, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de forma incoerente com os precedentes (e sem fundamentar a mudança de rumo), decidiu que, mesmo durante a vigência da Lei nº 5.316/1967, “a lei exige o pedido administrativo antes do ingresso em juízo, mas não determina que o interessado esgote naquela instância todos os recursos”.²⁵⁹ ²⁶⁰ E, nos julgados posteriores, partindo da premissa correta de que a lei não mais exigia o esgotamento da via administrativa, a Corte Constitucional chegou à conclusão (equivocada, a nosso ver) de que não se poderia sequer exigir o prévio requerimento administrativo.

No julgamento do Recurso Extraordinário 91.742, a Primeira Turma considerou que, com o advento da Lei nº 6.367/1976, o segurado tinha direito de acesso diretamente à via judicial.²⁶¹ Consta do voto do Relator:

²⁵⁹ Acidente do Trabalho. Exaurimento da via administrativa através do pedido indeferido. Precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser desnecessária a interposição do recurso na via administrativa para depois ingressar em juízo. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, 1ª Turma, RE 87.160, Relator Ministro CUNHA PEIXOTO, julgado em 21/08/1979, publicado na p. 6.844 do DJ de 14/09/1979)

²⁶⁰ Considerando que a extinção do processo sem julgamento de mérito (em decorrência do não exaurimento da via recursal administrativa) só foi determinada pelo acórdão do Tribunal Federal de Recursos que deu provimento à apelação do INPS, é possível que tal acórdão tenha sido proferido posteriormente à revogação da Lei nº 5.316/1967 pela Lei nº 6.367/1976 – e então, a exemplo do que a mesma Primeira Turma viria a fazer posteriormente no Recurso Extraordinário 91.200 (do qual se falará logo adiante), pode ser que se tenha considerado sanado o vício à época em que foi reconhecido. Como o relatório e o voto não fazem menção a nada disto, limitando-se a afirmar a desnecessidade de interposição dos recursos administrativos, não há como saber ao certo o que a Primeira Turma decidiu.

²⁶¹ – Ação de acidente do trabalho. Exaustão da via administrativa. – A Lei 6.367/76 dispõe sobre o procedimento administrativo e judicial, nos litígios relativos a acidentes de trabalho, mas de modo algum faz depender do prévio exaurimento da instância administrativa o ingresso do acidentado na via judicial. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, 1ª Turma, RE 91.742, Relator Ministro RAFAEL MAYER, julgado em 04/12/1979, publicado na p. 9.669 do DJ de 21/12/1979)

Ao recusar ação ao acidentado para pleitear diretamente na instância judicial o direito indenizatório decorrente do infortúnio, o venerável acórdão recorrido não se limitou a negar vigência ao preceito legal referido, buscando reprimir a norma revogada, mas ofendeu o art. 153, § 4º, da Constituição, em termos que significam um implícito prequestionamento.

Está bem invocado o art. 153, § 4º. Aí se faculta que 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 do pedido. Mas esse condicionamento só se dará com a criação do contencioso administrativo, inclusive com relação a acidentes do trabalho, conforme previsto no art. 203. Não criado o contencioso, inexistente óbice à postulação direta e imediata perante o Judiciário.

A mesma Turma, no julgamento do Recurso Extraordinário 91.200, vencido o Relator, Ministro CUNHA PEIXOTO, e com base no voto do Ministro RAFAEL MAYER, considerou desimportante que o processo em questão tivesse iniciado durante a vigência da Lei nº 5.316/1967: importava que, no momento em que sobreveio a extinção sem julgamento de mérito, a exigência de exaurimento da via administrativo estava revogada pela Lei nº 6.367/1976, razão pela qual acabou por dispensar que o benefício acidentário pretendido pelo autor fosse previamente requerido ao INPS.²⁶²

Posteriormente, a Segunda Turma, no Recurso Extraordinário 91.596, fazendo menção aos precedentes da Primeira Turma (Recursos Extraordinários 91.742 e 91.200), admitiu o ajuizamento direto de ação judicial, sem que o acidentado passasse pela via administrativa.²⁶³

O Tribunal Federal de Recursos editou, em 1986, a Súmula 213, dispensando o esgotamento da via administrativa não só para os benefícios acidentários, mas para os benefícios previdenciários em geral: “O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”. E, como se pode subentender da leitura da Súmula 197, o tribunal também não exigia o prévio requerimento administrativo como requisito essencial para a caracterização do interesse processual de agir: “A pensão por

²⁶² AÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO AJUIZADA SEM QUE SE PLEITEASSE NA VIA ADMINISTRATIVA O BENEFÍCIO.

Com o advento da Lei nº 6.367/76, que revogou expressamente a de número 5.316/67 (com a redação dada pelo DL nº 893/69), não está mais o acidentado obrigado a pleitear o benefício na via administrativa antes de ingressar em Juízo.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF, 1ª Turma, RE 91.200, Relator para Acórdão Ministro CUNHA PEIXOTO, julgado em 17/06/1980, publicado na p. 4.331 do DJ de 05/09/1980)

²⁶³ A JURISPRUDÊNCIA, HOJE PACÍFICA, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU-SE NO SENTIDO DE QUE, NOS LITÍGIOS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, NÃO ESTÁ O ACIDENTADO DEPENDENTE DE PRÉVIO EXAURIMENTO, NA VIA ADMINISTRATIVA, DO PEDIDO, PARA INGRESSAR NA VIA JUDICIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (STF, 2ª Turma, RE 91.596, Relator Ministro FIRMINO PAZ, julgado em 19/03/1982, publicado na p. 3.213 do DJ de 12/04/1982)

morte de trabalhador rural, ocorrida após a entrada em vigor da Lei complementar nº 11, de 1971, não requerida na via administrativa, é devida a partir da citação”²⁶⁴.

Parece-nos curioso – e contraditório – que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Federal de Recursos admitissem, principalmente depois da Emenda Constitucional nº 07/1977, que a lei pudesse impor o exaurimento da via administrativa, e, na falta de disposição legal, até o prévio requerimento à Administração seria dispensável.

5.4 A necessidade de prévio requerimento e a jurisprudência posterior à Constituição da República de 1988

A Constituição da República de 1988 não repetiu as normas constantes dos arts. 111, 153, § 4º, 203 e 204 da Carta anterior (nos termos da Emenda Constitucional nº 07/1977). Limitou-se a impor, no art. 217, § 1º, o prévio exaurimento das vias administrativas para as questões desportivas.²⁶⁵ A consequência da mudança de texto na passagem de uma ordem constitucional para a outra, bem como do momento político de reafirmação e maximização dos valores democráticos, foi a gradual difusão do entendimento de que seria absolutamente prescindível obter uma negativa da Administração para caracterização do interesse processual de agir.

5.4.1 O Supremo Tribunal Federal

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido em 1990, negou conhecimento ao Recurso Extraordinário 121.593, afastando o precedente firmado no

²⁶⁴ Apesar de prevalecer no Tribunal Federal de Recursos o entendimento de que o prévio requerimento na via administrativa era dispensável, havia acórdãos em sentido contrário; contudo, mesmo estes consideravam que, havendo a parte ré oferecido contestação enfrentando o mérito, a preliminar restava superada (por exemplo, TFR, 4ª Turma, AC 0126173, julgado em 22/02/1989, Relator Ministro ANTONIO DE PADUA RIBEIRO).

²⁶⁵ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

...

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

...

Recurso Extraordinário 91.200 (pois, segundo o voto vencedor, “aquele acórdão cuidou da aplicação da Lei 6.367, sem a implicação de ordem constitucional, ora suscitada”), para reafirmar que não viola a garantia de acesso à Justiça – já sob a égide da Constituição de 1988 – a exigência de prévio ingresso na via administrativa.²⁶⁶ São as palavras do Ministro OCTAVIO GALLOTTI:

A doutrina do Supremo Tribunal, em toda a latitude do tema, e em especial a respeito da ação de acidente do trabalho, formou-se no sentido de que a exigência do prévio ingresso na via administrativa não constitui exclusão vedada do acesso ao Poder Judiciário, desde que fique este assegurado no caso de insucesso da pretensão, ou quando esgotado o prazo para postular perante a Administração. Posta nestes termos a extensão da garantia prevista no art. 5º, XXXV, da vigente Constituição (art. 154, § 3º da anterior), não parece tenha sido ela postergada pelo acórdão recorrido, que se limitou a apontar condição de ação, decorrente da legislação federal aplicável.

Em 1993, a Primeira Turma não conheceu o Recurso Extraordinário 125.458, por entender que a extinção de processo sem julgamento de mérito por falta de interesse de agir, em decorrência da interpretação das legítimas condições constantes do Código de Processo Civil, não implicava ofensa direta à Constituição,²⁶⁷ orientação corroborada em 1996 pelo Plenário, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 144.840.²⁶⁸ O entendimento foi reiterado em 2000, quando a Primeira Turma não conheceu o Recurso Extraordinário

²⁶⁶ ACIDENTE DO TRABALHO. FALTA DE COMUNICAÇÃO DA DOENÇA. CONDIÇÃO DE AÇÃO, CUJA FALTA É APONTADA, PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, SEM OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO. (STF, 1ª Turma, RE 121.593, Relator Ministro OCTAVIO GALLOTTI, julgado em 24/04/1990, publicado na p. 4.346 do DJ de 18/05/1990)

²⁶⁷ AÇÃO ACIDENTARIA. PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, NOS TERMOS DO ART. 295, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS INCS. XXXIV E XXXV DO ARTIGO 5. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. No tocante a infringência do preceito constitucional que regula o direito de petição, falta ao recurso o pressuposto do prequestionamento, posto que a norma só veio a ser veiculada na via recursal extraordinária. Com referência ao argumento de que o acesso ao Judiciário foi obstaculizado pela decisão recorrida, que condicionou, para a propositura da ação, o requerimento administrativo, não é possível seu acolhimento para análise do aspecto da necessidade, ou não, da comunicação da doença profissional ao segurador. Assim fazendo, ter-se-ia que enfrentar a lei ordinária que, na ótica do recorrente, foi erroneamente interpretado pelo julgado. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, 1ª Turma, RE 125.458, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, julgado em 24/08/1993, publicado na p. 20.216 do DJ de 01/10/1993)

²⁶⁸ – Recurso extraordinário. Alegação de ofensa ao princípio constitucional do livre acesso ao Poder Judiciário, por se pretender que se está exigindo exaustão da via administrativa. – Inexistência de ofensa direta ao texto constitucional em causa, pois o acórdão recorrido se fundou na falta de uma das condições da ação – o interesse de agir –, e essa questão é de natureza infraconstitucional, só se podendo pretender a ocorrência de violação ao preceito constitucional do livre acesso ao Judiciário depois do exame dela. Não cabimento do recurso extraordinário quando se alega ofensa reflexa à Constituição. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, Pleno, RE 144.840, Relator Ministro MOREIRA ALVES, julgado em 02/04/1996, publicado na p. 43.212 do DJ de 08/11/1996)

273.791 – que pretendia a reforma de extinção, sem apreciação do mérito, de dissídio coletivo, por defeito na convocação da assembléia geral da categoria profissional do sindicato que suscitou o dissídio; o Relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, escreveu que “o art. 5º, XXXV, assegura o acesso à jurisdição, mas não o direito à decisão de mérito, que pende – é um truísmo – de presença dos pressupostos do processo e das condições de ação, de regra, disciplinados pelo direito ordinário”.²⁶⁹

Em 1999, a Segunda Turma julgou o Recurso Extraordinário 143.580, interposto de acórdão que mantivera sentença terminativa, por ausência de interesse de agir, em caso no qual, após a ocorrência de acidente do trabalho, o acidentado nunca procurou o INPS para obter a prestação pretendida. O Ministro MARCO AURÉLIO, Relator, votou pelo não conhecimento do recurso, apoiando-se no precedente do Recurso Extraordinário 121.593 e acrescentando:

A doutrina é uníssona em revelar que o interesse de agir há de estar assentado na necessidade do uso da via judicial. Ora, na espécie dos autos, em momento algum houve resistência, por parte do Instituto, à pretensão do Recorrente de ver satisfeita a parcela a título de indenização por acidente de trabalho. Sequer ter-lhe-ia sido comunicada a ocorrência da doença profissional – artigo 22 da Lei 8.212/91 – equiparada, para os efeitos indenizatórios, ao acidente. Como, então, cogitar da necessidade do ingresso em juízo se a administração pública não foi sequer acionada? Não se trata, na espécie, de impor o esgotamento da via administrativa. Cuida-se de indagação sobre a própria existência do conflito de interesses, ou seja, da recusa do Instituto em observar possível direito da Recorrente. A matéria não se coloca em termos de esgotamento da vida administrativa, com utilização dos recursos nela previstos, mas sob o ângulo da carência de ação proposta, pela ausência do interesse em acionar a máquina do Judiciário. Ademais, o próprio inciso XXXV do rol das garantias constitucionais, tido pelo Recorrente como infringido, pressupõe, para ingresso em Juízo, ameaça ou lesão a direito, examinados tais requisitos em tese, ou seja, independentemente da procedência sob o ângulo material.

²⁶⁹ I. RE: prequestionamento: falta suprida por embargos de declaração, ainda quando sobre o ponto não se haja manifestado a decisão que os rejeitou: Súmula 356 (cf. RE 210638, 22.04.98, Pertence, Inf. 107; RE 219934, Pl., Gallotti, 14.06.00).

II. RE: processo trabalhista: prequestionamento. Quando o acórdão objeto do RE tenha sido proferido no recurso de revista, exige a jurisprudência do Tribunal que o questionamento da matéria constitucional já esteja presente na interposição daquele recurso trabalhista; é orientação inaplicável à hipótese de decisão de segundo grau, que, de ofício, extingue o processo sem julgamento de mérito por ausência de pressupostos processuais ou de condições de ação (C.Pr.Civ., art. 267, IV, V e VI, e § 3º), caso em que os embargos de declaração constituem a primeira oportunidade para agitar a questão constitucional.

III. Garantia da jurisdição: alcance. O art. 5º, XXXV, assegura o acesso à jurisdição, mas não o direito à decisão de mérito, que pende – é um truísmo – de presença dos pressupostos do processo e das condições de ação, de regra, disciplinados pelo direito ordinário.

IV. Garantia do contraditório e da coisa julgada. Não configura cerceamento de defesa o julgamento contrário à parte litigante da questão que – conforme a inteligência dada à lei processual ordinária – o Tribunal possa decidir de ofício; pela mesma razão, contra uma decisão que, malgrado não objeto do recurso, no ponto, nele mesmo pode ser revista de ofício, é manifesta a impossibilidade de invocar-se a preclusão e, muito menos, a proteção constitucional da coisa julgada.

(STF, 1ª Turma, RE 273.791, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 15/08/2000, publicado na p. 133 do DJ de 15/09/2000)

Prevaleceu, no entanto, o voto do Ministro NELSON JOBIM, para quem “a lide se caracteriza porque o direito do autor não estava satisfeito, acrescida mais a circunstância de que a controvérsia se deu caracterizada pelo fato de o instituto não ter reconhecido, no mérito, o pedido do autor”²⁷⁰; decidiu-se que a contestação do mérito pelo réu caracterizava o interesse de agir.²⁷⁰

O tema foi retomado em 2004 pela Primeira Turma, que considerou haver mera ofensa indireta à Constituição – a inviabilizar o conhecimento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 392.361 – no fato de o acórdão recorrido haver decidido que a legislação infraconstitucional não condiciona o acesso ao Judiciário ao exaurimento (o acórdão fala em exaurimento, não em prévio requerimento) da via administrativa.^{271 272} No julgamento do

²⁷⁰ Processual. Condição da ação: Interesse processual que se caracterizou na hipótese, por não ter o autor satisfeito seu direito. Recurso conhecido e provido para que o tribunal a quo decida a demanda como entender de direito.

(STF, 2ª Turma, RE 143.580, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator para Acórdão Ministro NELSON JOBIM, julgado em 01/12/1999, publicado na p. 64 do DJ de 27/08/1999)

²⁷¹ 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Extinção do processo. Exaustão das vias administrativas. Aplicação de normas subalternas. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental não provido. Não cabe RE que teria por objeto alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, de inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República.

2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Argumentação velha. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.

(STF, 1ª Turma, AI 392.361 AgR, Relator Ministro CEZAR PELUSO, julgado em 18/05/2004, publicado na p. 73 do DJ de 18/06/2004)

²⁷² No mesmo sentido:

DECISÃO: BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO – EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA – PRESSUPOSTO INDISPENSÁVEL À AFERIÇÃO DO INTERESSE DE AGIR DO BENEFICIÁRIO – IMPROCEDÊNCIA – AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região acolheu pedido formulado em apelação, ante fundamentos assim sintetizados (folha 65):

PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA DE TRABALHADOR RURAL – ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA – DESNECESSIDADE – FALTA DE INTERESSE DE AGIR (CPC 267, VI) –

INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a propositura de ação previdenciária prescinde do anterior exaurimento da via administrativa. 2. “O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária” (Súmula 213 – TFR). 3. Apelação provida.

2. Na interposição deste agravo, foram observados os pressupostos de recorribilidade. O recurso, subscrito por Procurador Federal, foi interposto no prazo legal, estando instruído com as peças processuais mencionadas no artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil. 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.

Agravo no Recurso Extraordinário 271.880, em 2007, reiterou a ausência de ofensa direta à Constituição em acórdão que admitiu o processamento judicial de benefício acidentário sem prévio requerimento ao INSS, acrescentando uma correta ponderação quanto à lei infraconstitucional: por lei, caberia ao empregador – e não ao empregado – formalizar esse requerimento (razão pela qual o segurado não poderia ser punido pela inércia de seu empregador).²⁷³

Já a Segunda Turma, em 2008, julgando o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 548.676, buscou amparo na decisão monocrática proferida pelo Ministro MARCO AURÉLIO no Agravo de Instrumento 525.766 e reformou acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Osasco/SP que extinguiu processo em que o segurado não havia buscado previamente a manifestação do INSS na via administrativa.²⁷⁴ A Turma não observou, na ocasião, que o precedente do qual se extraiu a fundamentação dizia respeito a “esgotamento da via administrativa”, não à (im)prescindibilidade do requerimento prévio à Administração.

Ocorre que, de então em diante, todos os demais julgamentos do Supremo Tribunal Federal consideraram que a concessão de benefício previdenciário independe de prévia postulação administrativa, reformando os acórdãos recorridos que negam a existência de interesse de agir.²⁷⁵ O Recurso Extraordinário 631.240, cuja repercussão geral foi

3. Conheço do agravo e o desprovejo.

4. Publiquem.

(STF, AI 525.766, decisão monocrática de 06 de fevereiro de 2007, Relator Ministro MARCO AURÉLIO)

²⁷³ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (STF, 1ª Turma, RE-AgR 271.880, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, publicado no DJe-047 de 28/06/2007)

²⁷⁴ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA COMO CONDIÇÃO PARA O ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO. DESNECESSIDADE.

1. Não há no texto constitucional norma que institua a necessidade de prévia negativa de pedido de concessão de benefício previdenciário no âmbito administrativo como condicionante ao pedido de provimento judicial. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, 2ª Turma, RE-AgR 548.676, Relator Ministro EROS GRAU, publicado no DJe-112 de 19/06/2008)

²⁷⁵ AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO: DESNECESSIDADE. ART. 557 DO CPC. ATRIBUIÇÕES DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I – Não há previsão constitucional de esgotamento da via administrativa como condição da ação que objetiva o reconhecimento de direito previdenciário. Precedentes.

II – Quanto ao art. 557 do CPC, na linha do entendimento desta Corte, é constitucionalmente legítima a, "atribuição conferida ao Relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e dar provimento a este – RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98 – desde que, mediante

recentemente reconhecida, traz a oportunidade de o Supremo Tribunal Federal aprofundar a discussão e rever a posição atual, distinguindo com exatidão “prévia postulação” de “exaustão da via administrativa”.

5.4.2 O Superior Tribunal de Justiça

Em 1990, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 2, segundo a qual “Não cabe o *habeas data* (CF, Art. 5º, LXXII, letra a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa” – interpretação que veio a ser consagrada no parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.507/1997. A prévia provocação da parte ré e a resistência a uma pretensão seriam, no entender da Corte, essenciais para a caracterização do interesse de agir.

Em 1993, o mesmo Tribunal editou a Súmula 89: “A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”. Apesar de o enunciado dizer que o exaurimento é dispensável – e isto é incontroverso –, os nove precedentes que embasaram sua edição tinham por fundamento a consideração de que (i) a lei impõe ao empregador, e não ao segurado-acidentado, comunicar o acidente de trabalho, motivo pelo qual o acesso ao Judiciário é permitido sem prévio requerimento administrativo e que (ii) as exigências feitas pela Lei nº 8.213/1991 (dentre as quais a exigência de que a petição inicial seja instruída com prova da Comunicação de Acidente de Trabalho – CAT à Previdência Social) não retroagem aos fatos

recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado" (RE 321.778-AgR/MG, Rel. Min. Carlos Velloso).

III – Agravo regimental improvido.

(STF, 1ª Turma, RE 549.238 AgR, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 05/05/2009, publicado no DJe-104 de 04/06/2009)

AGRAVO REGIMENTAL. BENEFÍCIO. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. A decisão agravada está em perfeita harmonia com o entendimento firmado por ambas as Turmas deste Tribunal, no sentido de afastar a exigibilidade de prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, 2ª Turma, RE 545.214 AgR, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, julgado em 02/03/2010, publicado no DJe-055 de 25/03/2010)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESNECESSIDADE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PARA O ACESSO AO JUDICIÁRIO. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta nossa Corte firmou-se no sentido de ser desnecessário para o ajuizamento de ação previdenciária o prévio requerimento administrativo do benefício à autarquia federal. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

(STF, 2ª Turma, RE 549.055 AgR, Relator Ministro AYRES BRITTO, julgado em 05/10/2010, publicado no DJe-240 de 09/12/2010)

a ela anteriores.²⁷⁶ De qualquer modo, a orientação firmada dizia respeito apenas aos benefícios acidentários, em razão da peculiaridade de que cabe ao empregador, e não ao empregado, contactar a autarquia previdenciária.

²⁷⁶ AÇÃO ACIDENTÁRIA. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DO CAT. DESCABIMENTO.

1. Desnecessário o exaurimento da via administrativa para propor ação de acidente do trabalho, bem assim que a petição inicial seja instruída com a prova da comunicação do acidente à previdência, segundo os termos dos artigos 14 e 19 da Lei n. 6.367/76.

2. Recurso especial conhecido e provido, determinando-se o prosseguimento da ação.

(STJ, 5ª Turma, REsp 28.570, Relator Ministro JESUS COSTA LIMA, julgado em 28/10/1992, publicado na p. 21.162 do DJ de 16/11/1992)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. EXIGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA.

– A comunicação do acidente ou doença profissional ao órgão previdenciário é obrigação do empregador.

– O prévio requerimento do benefício na via administrativa não constitui pressuposto para o ingresso em juízo.

– Precedentes.

– Recurso conhecido e provido.

(STJ, 5ª Turma, REsp 32.378, Relator Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, julgado em 17/03/1993, publicado na p. 5.856 do DJ de 05/04/1993)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DE PROVA DE COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO (CAT) ANTES DA LEI 8.213/91.

Para a propositura da ação acidentária, não é necessário o exaurimento da via administrativa. Por outro lado, a exigência de instruir-se a inicial com prova de notificação à Previdência Social, através da CAT, surgiu apenas com a edição da lei n. 8.213/91, que não tem efeito retroativo.

Recurso especial conhecido e provido para determinar-se o prosseguimento do processo.

(STJ, 5ª Turma, REsp 32.424, Relator Ministro ASSIS TOLEDO, julgado em 17/03/1993, publicado na p. 5.856 do DJ de 05/04/1993)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA.

– 'Comunicação do acidente'. Não há prejudicar-se o direito do acidente pelo descumprimento da exigência imposta ao empregador. Precedentes do STJ.

(STJ, 5ª Turma, REsp 32.717, Relator Ministro JOSÉ DANTAS, julgado em 24/03/1993, publicado na p. 5.857 do DJ de 05/04/1993)

PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. CAT (COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO) ANTES DO ADVENTO DA LEI N. 8.213/91 E EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DA TURMA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(STJ, 6ª Turma, REsp 32.691, Relator Ministro ADHEMAR MACIEL, julgado em 30/03/1993)

PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE. PRÉVIA COMUNICAÇÃO. DECISÃO ANULADA.

1. O ajuizamento de Ação Acidentária não depende de prévia postulação e exaurimento na via administrativa.

2. Recurso Especial conhecido; Acórdão anulado.

(STJ, 5ª Turma, REsp 33.053, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, julgado em 14/04/1993, publicado na p. 8.645 do DJ de 10/05/1993)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS.

1 – A comunicação de Acidente é ônus do empregador não podendo impor-se ao empregado, acidentado, ônus que não é seu.

2 – A lei n. 8.213/91, que instituiu a exigência de instrução da inicial com a prova da notificação à Previdência Social, não tem efeito retroativo.

3 – A exigência feita, "in casu", ao segurado, ofendeu os arts. 14 e 19, Inciso II, da lei 6.367/76.

4 – Recurso provido.

(STJ, 6ª Turma, REsp 33.072, Relator Ministro ANSELMO SANTIAGO, julgado em 20/04/1993)

Quanto aos demais requerimentos previdenciários, o tribunal reiterou o entendimento consagrado na Súmula 213/TRF e o ampliou, para dispensar não só o exaurimento da via administrativa como também a prévia postulação administrativa²⁷⁷ – o que nos parece

RESP – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO ACIDENTÁRIA – PROPOSITURA – VIA ADMINISTRATIVA – ACESSO AO JUDICIÁRIO

– Ação pressupõe pretensão resistida. O acidentado não está obrigado a esgotar a via administrativa para ingressar em juízo. O art. 14, da lei n. 6.367/76 é comando dirigido à empresa. Necessário dar ao Instituto notícia do infortúnio. Só assim, será caracterizada eventual resistência (não se confunde com a obrigação de exaurir o debate administrativo), pressuposto do interesse de agir. Distintos, pois, o debate prévio na via administrativa e a notícia do fato. O acesso ao Judiciário, como no caso dos autos, é penoso para o acidentado; tem dificuldade de acesso também ao Instituto (deslocamento, filas). Raciocínio de Justiça material recomenda afastar deduções doutrinárias e técnicas.

(STJ, 6ª Turma, REsp 33.615, Relator Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, julgado em 27/04/1993, publicado na p. 9.377 do DJ de 17/05/1993)

PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. PRECEDENTES.

I – Não se pode exigir do segurado a comunicação de acidente de trabalho (CAT), pois tal incumbe a empresa. Ademais, a exigência tornou-se somente essencial a partir da edição da lei 8.213/91, não tendo o condão de retroatividade. Precedentes.

II – Recurso provido.

(STJ, 6ª Turma, REsp 29.335, Relator Ministro PEDRO ACIOLI, julgado em 27/04/1993, publicado na p. 10.692 do DJ de 31/05/1993)

²⁷⁷ – **PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DISPENSABILIDADE DE EXAME PREVIO PELA ADMINISTRAÇÃO.**

– O PREVIO INGRESSO DE PEDIDO NA VIA ADMINISTRATIVA NÃO É CONDIÇÃO NECESSÁRIA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO, ONDE SE PLEITEIA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

– RECURSO PROVIDO.

(STJ, 6ª Turma, REsp 147.252, Relator Ministro WILLIAM PATTERSON, julgado em 07/10/1997, publicado na p. 56.407 do DJ de 03/11/1997)

– **PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. PRELIMINAR. POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA. SUM. 213/TFR.**

– O STJ TEM PRESTIGIADO A SUM. 213, DO EXTINTO TFR QUE ENUNCIA: "O EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA NÃO É CONDIÇÃO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA."

– RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(STJ, 6ª Turma, REsp 109.109, Relator Ministro WILLIAM PATTERSON, julgado em 17/12/1996, publicado na p. 6037 do DJ de 10/03/1997)

– **PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE.**

– A Jurisprudência deste C. Tribunal tem entendido que não é imprescindível à obtenção de benefício previdenciário por meio da prestação jurisdicional a prévia postulação e exaurimento da via administrativa. Súmula 213/TRF.

– Recurso conhecido e provido.

(STJ, 5ª Turma, REsp 180.863, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, julgado em 10/11/1998, publicado na p. 97 do DJ de 07/12/1998)

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE BENEFÍCIO. PRÉVIA POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA. SÚMULA 213-TFR.

Desnecessidade de prévia postulação administrativa, para a propositura de ação previdenciária. Entendimento da Súmula 213-TFR. Recurso conhecido e provido.

(STJ, 5ª Turma, REsp 165.245, Relator Ministro GILSON DIPP, julgado em 03/12/1998, publicado na p. 226 do DJ de 01/02/1999)

incoerente com a Súmula 2 sobre *habeas data*.^{278 279} Fato é que, até hoje, o Superior Tribunal de Justiça continua a considerar o requerimento administrativo inexigível, ao menos nas ações referentes à concessão de benefícios previdenciários ou assistenciais (acidentárias ou não, sendo que não há fundamento legal para dispensá-lo nas ações não-acidentárias).^{280 281}

²⁷⁸ CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. HABEAS-DATA. INEXISTENCIA DE PREVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO: IMPETRANTE CARECEDOR DA AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. ENUNCIADO N. 02 DA SUMULA DA CORTE. PRECEDENTES. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MERITO.

(STJ, 3ª Seção, HD 29/DF, Relator Ministro ADHEMAR MACIEL, julgado em 21/11/1995, publicado na p. 17.801 do DJ de 27/05/1996)

²⁷⁹ PROCESSUAL CIVIL. CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. FALTA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO.

1 – A ausência total de pedido na via administrativa, ingressando a segurada, diretamente, na esfera judiciária, visando obter benefício previdenciário (aposentadoria por idade), enseja a falta de uma das condições da ação – interesse de agir – pois, à mingua de qualquer obstáculo imposto pela autarquia (INSS), não se aperfeiçoa a lide, doutrinariamente conceituada como um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida.

2 – Recurso Especial conhecido e provido para extinguir o feito sem julgamento de mérito (art. 267, VI, do CPC).

(STJ, 6ª Turma, REsp 151.818, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES; julgado em 10/03/1998, publicado na p. 166 do DJ de 30/03/1998)

²⁸⁰ PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SOBRESTAMENTO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. DESCABIMENTO. VÍCIOS NO ARESTO EMBARGADO. INEXISTÊNCIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSTULAÇÃO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. INADMISSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

...

4. Em recente julgado, este Tribunal novamente assinalou que "[...] a ausência de prévio requerimento administrativo não constitui óbice para que o segurado pleiteie, judicialmente, a revisão de seu benefício previdenciário. Precedentes." (EDcl no AgRg no AG 1.318.909/PR, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 21/02/2011.)

5. E, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, "Não há no texto constitucional norma que institua a necessidade de prévia negativa de pedido de concessão de benefício previdenciário no âmbito administrativo como condicionante ao pedido de provimento judicial. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE-AgR 548.676/SP, 2ª Turma, Rel. Min. EROS GRAUS, DJe de 20/06/2008).

6. Registre-se que esse entendimento tem sido aplicado, reiteradamente, por ambas as Turmas daquela Excelsa Corte: RE-AgR 549.055/SP, 2ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 10/12/2010; RE-AgR 545.214/MG, 2ª Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 26/03/2010 e RE-AgR 549.238/SP, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 05/06/2009.

7. A via especial, destinada à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, com o intuito de interposição de recurso extraordinário.

8. Embargos declaratórios rejeitados.

(STJ, 5ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.212.665, Relatora Ministra LAURITA VAZ, julgado em 01/03/2011, publicado no DJe de 28/03/2011)

²⁸¹ Por consequência, como inexistente requerimento, o termo inicial do benefício será (quanto a isto a jurisprudência ainda não se estabilizou) a data do ajuizamento, da citação, ou do laudo pericial. Como a jurisprudência equipara o ajuizamento da ação ao primeiro requerimento administrativo, cremos ser inadequado, neste caso, imputar ao réu o pagamento de juros de mora desde a citação (pois não há mora, em verdade), bem como de honorários de sucumbência.

Por outro lado, as Turmas da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidem reiteradamente que a compensação tributária nos moldes do art. 74 da Lei nº 9.430/1996 só pode ser apreciada na via judicial se tiver havido decisão administrativa desfavorável ao contribuinte.²⁸² Em matéria tributária, a Corte também entende que “a ação de repetição pressupõe decisão administrativa denegatória do pedido de restituição do indébito”, consagrando como exceção apenas os casos em que a resistência da Fazenda Pública é notória

²⁸² PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO PRÉVIO À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

I – Inocorrente, na hipótese, a alegada violação ao artigo 535, II, do CPC, uma vez que o Egrégio Colegiado a quo examinou detidamente a lide posta à apreciação, havendo, em verdade, inconformismo da parte com o resultado do julgamento que lhe foi desfavorável.

II – Outrossim, revela-se manifesta a ausência de prequestionamento dos artigos 2º da Lei 1.628/52, 6º da Lei 2.973/56, 1.009, 1.024, 1.505, 1.507 e 1.508 do Código Civil, porquanto apesar da oposição de embargos de declaração, não houve manifestação acerca da aplicação, in casu, dos referidos dispositivos, o que atrai a incidência da Súmula 211/STJ.

III – O aresto recorrido excluiu no presente caso a possibilidade do contribuinte utilizar-se dos procedimentos previstos na Lei 8.383/91, porquanto não se trata de compensação de tributos indevidamente recolhidos com valores futuros a recolher, mas sim de compensação com títulos da dívida pública. Por outro lado, estabeleceu que há necessidade de requerimento prévio à autoridade administrativa para que possa proceder à compensação nos moldes estatuídos pela Lei 9.430/96, entendimento este em harmonia com a jurisprudência desta Corte, consoante os seguintes precedentes: REsp nº 535.588/PR, de minha relatoria, DJ de 10/11/2003 e EDAG nº 262.696/PE, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 08/09/2003.

IV – Agravo regimental improvido.

(STJ, 1ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 506.540, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, julgado em 07/10/2004, publicado na p. 189 do DJ de 16/11/2004)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEI SUPERVENIENTE. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 252/STJ (FGTS). INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. No que concerne à compensação entre diferentes espécies tributárias, a Primeira Seção desta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que a lei aplicável é aquela vigente à época do ajuizamento da ação, não podendo ser julgada a causa à luz do direito superveniente, ressalvando-se o direito da parte de proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas legais advindas em períodos subsequentes.

2. No caso dos autos, em que a petição inicial foi ajuizada em janeiro de 1999, impõe-se a aplicação da Lei 9.430/96, que condiciona a compensação entre tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal à existência de prévio requerimento administrativo.

3. Firmou-se a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido da inaplicabilidade da Súmula 252/STJ à repetição de indébito tributário, haja vista que os critérios utilizados para a correção monetária dos saldos das contas vinculadas do FGTS levam em consideração legislação específica.

4. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que os índices de correção monetária aplicáveis na restituição de indébito tributário são os seguintes: para os meses de janeiro e fevereiro de 1989, os percentuais são de 42,72% e 10,14% (em substituição à OTN), respectivamente; IPC, de março/1990 a fevereiro/1991; INPC, de março a novembro/1991; IPCA – série especial, em dezembro/1991; UFIR, de janeiro/1992 a dezembro/1995; e taxa SELIC, exclusivamente, desde o recolhimento indevido ou, se este for anterior à Lei 9.250/95, a partir de janeiro de 1996.

5. Embargos de divergência parcialmente providos.

(STJ, 1ª Seção, EREsp 554.878, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, julgado em 23/04/2008, publicado no DJe de 05/05/2008)

(seja por força de norma interna, seja quando o requerimento tiver por fundamento a inconstitucionalidade do tributo, que seguramente não será reconhecida administrativamente).²⁸³

5.4.3 A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais

No âmbito do sistema dos Juizados Especiais Federais, a Turma Nacional de Uniformização, em seus primeiros anos de funcionamento, vinha seguindo a orientação do Superior Tribunal de Justiça pela inexigibilidade do prévio requerimento administrativo para a propositura de ações visando à concessão de benefícios previdenciários.²⁸⁴

²⁸³ TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO PRÉVIO NA VIA ADMINISTRATIVA. EXCEÇÕES. QUER NO SISTEMA DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (ART. 169), QUANTO NO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (ART. 3.), A AÇÃO DE REPETIÇÃO PRESSUPÕE DECISÃO ADMINISTRATIVA DENEGATÓRIA DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. EXCEPCIONAM-SE DESSE REGIME OS CASOS EM QUE A DEVOLUÇÃO É PLEITEADA À CONTA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA (MATÉRIA QUE A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODE CONHECER, PORQUE O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO É EXCLUSIVAMENTE JUDICIAL), BEM ASSIM OS CASOS EM QUE A RESISTÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA É NOTÓRIA (CARACTERIZANDO DESDE LOGO O INTERESSE DE AGIR). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(STJ, 2ª Turma, REsp 35.278 / RJ, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Relator para Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, julgado em 08/02/1996, publicado na p. 7.554 do DJ de 18/03/1996)

²⁸⁴ PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO AFASTADA. SENTENÇA REFORMADA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CONCILIAÇÃO FRUSTRADA. VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE.

1. A negativa de conciliação estabelece o litígio, persistindo o interesse processual da parte.
2. O prévio ingresso de pedido na via administrativa não é condição para a propositura de ação onde se pleiteia concessão de benefício previdenciário.
3. Sentença reformada.
4. Recurso conhecido e provido.

(TNU, PEDILEF 200435007049913, Relatora Juíza IONILDA MARIA CARNEIRO PIRES, julgado em 06/04/2004)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCIDENTE CONHECIDO E PROVIDO.

I – Entendimento dominante no âmbito das 5ª e 6ª Turmas do STJ, no sentido de que é desnecessário o prévio requerimento administrativo para a propositura de ação que vise a concessão de benefício previdenciário (cf. REsp 663498/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 13.12.04 e REsp 602843/PR, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 29.11.04).

II – Incidente conhecido e provido.

(TNU, Processo 200370000236461, Relatora Juíza Federal MÔNICA SIFUENTES, julgado em 06/06/2005, publicado no DJU de 04/08/2005)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PARA INGRESSO DE AÇÃO JUDICIAL VISANDO À CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

I – Na esteira do entendimento da jurisprudência dominante no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não há necessidade de prévio requerimento administrativo no âmbito da autarquia previdenciária para o posterior ajuizamento de ação judicial previdenciária.

Entretanto, em 2006, a Turma decidiu pela imprescindibilidade de requerimento administrativo indeferido ou com demora injustificável para sua apreciação, a fim de caracterizar a existência de lide e o interesse de agir, sob pena de aumento de demandas desnecessárias, a comprometer a razoável duração dos processos em que realmente haja lide e necessidade da intervenção do Poder Judiciário:^{285 286} afastou-se a alegação de contrariedade à

II – Incidente de Uniformização conhecido e provido, para anular o feito desde a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para a sua regular prossecução.

(TNU, PEDILEF 200572950059035, Relator Juiz Federal JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 24/04/2006, publicado no DJU de 23/05/2006)

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AFRONTA AO POSTULADO DO ACESSO À JUSTIÇA. PRETENSÃO RESISTIDA EM JUÍZO. QUALIFICAÇÃO DO CONFLITO DE INTERESSES. CONHECIMENTO DO PEDIDO. PROVIMENTO.

(TNU, PEDILEF 200572950050457, Relator Juiz Federal RICARDO CÉSAR MANDARINO, julgado em 14/08/2006, publicado no DJU de 04/10/2006)

²⁸⁵ PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA ESPECIAL – TRABALHADOR RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR – SENTENÇA QUE JULGA EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – NECESSIDADE DE PRÉVIA CARACTERIZAÇÃO DE LIDE – PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NÃO CONHECIDO.

1) A Jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça que afasta a necessidade de prévio requerimento administrativo para que o segurado possa ajuizar ação de natureza previdenciária não tem similitude fática com as hipóteses das ações previdenciárias que tramitam nos Juizados Especiais Federais, tendo em vista que foram estabelecidos em processos previdenciários de varas federais comuns, antes mesmo da criação dos Juizados Especiais Federais.

2) Nas ações previdenciárias no âmbito dos JEFs é necessária a prévia caracterização de lide para atender à condição da ação relativa ao interesse de agir, na sua modalidade de utilidade/necessidade do provimento jurisdicional, o que se dá com o prévio requerimento administrativo, em que haja indeferimento expresso do pedido ou demora injustificável para sua apreciação. Entendimento contrário importa no aumento extraordinário do número de demandas desnecessárias no âmbito dos JEFs, o que compromete a celeridade daqueles processos onde realmente haja lide e necessidade da intervenção do Poder Judiciário."

(TNU, PEDILEF 200572950061790, Relator Juiz Federal ALEXANDRE MIGUEL, julgado em 18/9/2006, publicado no DJU de 26/10/2006)

²⁸⁶ Do voto do Relator, Juiz Federal ALEXANDRE MIGUEL, Disponível em:

<http://seriema.cjf.jus.br/phpdoc/juizado/int_teor/processos/200572950061790.pdf>, constam as seguintes ponderações:

“Ocorre que não se pode confundir 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 a demonstração da possibilidade jurídica do pedido, da legitimidade das partes e do 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.

Fixadas tais premissas, tenho observado que o que tem ocorrido, na prática, no campo das ações previdenciárias que são ajuizadas nos Juizados Especiais Federais de todo o Brasil é que diante do sucesso de tal categoria de órgãos do Poder Judiciário, várias pessoas têm ingressado diretamente com suas demandas de natureza previdenciária em Juízo, sem o prévio requerimento administrativo.

Diga-se, aliás, que o problema não é necessariamente a exigência ou não do prévio requerimento administrativo. É a exigência de demonstração de lide. Em muitos casos, benefícios e requerimentos previdenciários que seriam

jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça ao fundamento de que tal orientação, firmada para prestigiar o amplo acesso ao Judiciário, se aplicada à realidade fática dos Juizados Especiais, teria o efeito contrário.²⁸⁷ Posteriormente, houve acórdãos em que a Turma decidiu não conhecer dos pedidos de uniformização por tratar-se de discussão processual, não albergada pelo permissivo do art. 14, § 2º, da Lei nº 10.259/2001.²⁸⁸

Por fim, a Turma superou o óbice do art. 14, § 2º, da Lei nº 10.259/2001, pois, como constou do voto do Relator, juiz federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO,

certamente deferidos administrativamente pelo INSS são requeridos diretamente nos Juizados Especiais Federais.

Há ainda um fenômeno (sic) social que infelizmente vem ocorrendo: há notícias em todo o País de vários casos em que os próprios servidores dos postos de atendimento do INSS não aceitam nem a protocolização do requerimento administrativo e orientam os interessados a demandarem diretamente nos Juizados Especiais Federais. Tal situação, aliada ao fato de que os procedimentos dos JEF's dispensam a atuação de advogados, tem contribuído para incrementar a ocorrência do de tal fenômeno, o que acaba por comprometer o princípio da celeridade que informa o rito dos Juizados Especiais. Explico: o aumento extraordinário do número de demandas desnecessárias compromete a celeridade daqueles processos onde realmente haja lide e necessidade da intervenção do Poder Judiciário.

Esse arcabouço fático, típico dos JEF's, *data venia*, não integra os vários precedentes do Colendo STJ sobre o tema, que foram estabelecidos em processos previdenciários de varas federais comuns, antes mesmo da criação dos Juizados Especiais Federais. Daí porque ousou afirmar que é possível até descaracterizar a similitude fática entre tais acórdãos do Colendo STJ, tidos como paradigmas, e os acórdãos recorridos provenientes das Turmas Recursais dos JEF's, que exigem o prévio requerimento administrativo.

Entendo, pois, pedindo *venia* mais uma vez aos que entendem de modo contrário, que é necessária a mudança de orientação jurisprudencial desta Turma Nacional sobre o tema, o que no meu modo de entender, não afrontaria a jurisprudência dominante do Colendo STJ, nos termos já apontados.

Defendo que seja uniformizado o entendimento no sentido de que, no que toca às ações previdenciárias, é necessário (sic) a prévia caracterização de lide no âmbito extrajudicial, o que se dá a princípio com o prévio requerimento administrativo. Mas obviamente não basta protocolar o requerimento administrativo e logo em seguida ajuizar a ação previdenciária nos JEF's. É necessário que haja pelo menos um indeferimento expresso do requerimento administrativo ou uma demora excessiva e injustificável de sua apreciação pelo INSS, o que pode ser objeto de controle pelo magistrado de 1º grau, caso a caso.

Entendo, ainda, que o prévio requerimento administrativo é desnecessário naquelas situações públicas e notórias em que o INSS vem indeferindo a pretensão dos interessados em igual situação e também naqueles casos em que nas pretensões deduzidas diretamente nos JEF's, sem prévio requerimento administrativo, o INSS tenha apresentado contestação sobre o mérito, o que também pode ser controlado em cada hipótese fática pelos juízes de 1º grau.”

²⁸⁷ “É discutível, ainda, que as peculiaridades dos Juizados Especiais Federais sejam suficientes para justificar uma solução diferente para uma situação que nas Varas Comuns provavelmente receberiam outro tratamento, bem mais favorável ao segurado. A sociedade poderá não compreender o motivo de uma demanda ser extinta nos Juizados Especiais por determinado motivo que seria ultrapassado na Justiça Comum.” SOUZA, Maria Lúcia Gomes de. *O prévio requerimento administrativo como condição para o ajuizamento da ação contra o poder público sob a perspectiva do direito fundamental de acesso à justiça*. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Público da Universidade Federal Fluminense em convênio com o Conselho da Justiça Federal. Manaus: 2007, não publicada, p. 36.

²⁸⁸ INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO. QUESTÃO DE DIREITO PROCESSUAL. NÃO CABIMENTO. I. O pedido de uniformização de jurisprudência somente tem cabimento quando se tratar de questão de direito material (art. 14, caput, da Lei 10.259/2001, c/c art. 2º da Resolução n. 330/2003, do Conselho da Justiça Federal).

II. Incidente não conhecido, por versar a hipótese dos autos sobre matéria de direito processual. (TNU, PEDILEF 200439007043250, Relatora Juíza Federal MARIA DIVINA VITÓRIA, julgado em 30/05/2007, publicado em DJU de 14/12/2007)

“como se cuida de embaraço tido como intransponível ao próprio exercício do direito de ação, este Colegiado não pode se furtar a apreciar o tema”.²⁸⁹

Pouco depois, a Turma, em acórdão relatado pelo mesmo juiz, não conheceu de pedido de uniformização apresentado pelo INSS, por ausência de similitude fática com o acórdão-paradigma.²⁹⁰ Como no caso submetido a julgamento a preliminar de falta de interesse processual não havia sido acolhida em momento algum, foram produzidas provas documental e pericial, o juiz e a Turma Recursal analisaram o mérito e concluíram que o demandante havia preenchido os requisitos legais para a obtenção da aposentadoria, sem que o INSS tivesse se manifestado contra os fundamentos do deferimento judicial do benefício, o Relator concluiu:

Não vejo sentido prático algum em se extinguir o processo, sem apreciação do mérito, para remeter a parte à esfera administrativa, o que fere os princípios da celeridade e da economia processual. Caso o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, ao final, defira o benefício, apenas estará adiando aquilo que já foi judicialmente deferido. Caso o negue, a parte, certamente, ajuizará nova demanda, questionando o ato administrativo, igualmente adiando uma solução que já se trouxe, no caso concreto, com o julgamento do mérito da causa.

Nos casos em que não houve prévio requerimento administrativo nem apresentação de contestação de mérito pelo INSS, e, no curso do processo, a preliminar de falta de interesse

²⁸⁹ No mérito, a Turma negou provimento ao recurso do INSS, mas, a rigor, isto não implicou alteração da jurisprudência, já que, no caso concreto, o pedido não era de concessão de benefício algum, e sim de manutenção do auxílio-doença deferido administrativamente até que o INSS constatasse a plena recuperação de capacidade laborativa, afastando a data designada para a “alta programada” (ou seja, a suspensão do pagamento já caracterizava ilegalidade, sendo absolutamente desnecessário, no caso, exigir novo requerimento administrativo): PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE TURMAS RECURSAIS DE DIFERENTES REGIÕES. AUXÍLIO-DOENÇA. MANUTENÇÃO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INTERESSE DE AGIR.

1. Ficou demonstrada a divergência entre a Turma de origem e a Turma Recursal do Rio Grande do Sul, no que diz respeito à possibilidade do ajuizamento de demanda, antes do prévio requerimento administrativo, perante a autarquia previdenciária.

2. Diante do amplo acesso ao Poder Judiciário, consagrado na Constituição Cidadã, não é razoável exigir que a parte se submeta a penoso procedimento administrativo, de duvidoso êxito, diante da iminência da cessação do pagamento do auxílio-doença, verba que tem natureza alimentar, em razão da proximidade da data designada para a “alta programada”.

3. Pedido de uniformização conhecido e improvido.

(TNU, PEDILEF 200736009037870, Relator Juiz Federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, julgado em 29/10/2008, publicado no DJ de 07/11/2008)

²⁹⁰ PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA – CONCESSÃO – AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – DIREITO DO AUTOR NÃO CONTESTADO PELA AUTARQUIA – PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL.

(TNU, PEDILEF 200738007297660, Relator Juiz Federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, julgado em 01/12/2008, publicado no DJ de 12/12/2008)

foi acolhida, a Turma negou provimento aos pedidos de uniformização apresentados pelos segurados.²⁹¹

Noutro julgamento, consignou-se que, tendo havido enfrentamento do mérito na contestação oferecida pelo INSS, estava caracterizada a lide e, conseqüentemente, o interesse

²⁹¹ TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NATUREZA DA QUESTÃO. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA TNU. DIREITO MATERIAL. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. NOTORIEDADE DA CONTROVÉRSIA. INCIDÊNCIA DA QUESTÃO DE ORDEM Nº 03 DA TNU AFASTADA NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E MÉRITO NÃO CONTESTADO JUDICIALMENTE PELO INSS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. PRECEDENTES DA TNU.

1. A exigência do prévio requerimento administrativo reflete, a bem da verdade, a necessidade que o autor tem de demonstrar que há interesse na busca da prestação jurisdicional, ante a resistência da parte ré na realização de seu direito.

2. No caso dos autos, não há demonstração de tal resistência, seja pela ausência de postulação administrativa anterior, seja pela falta de contestação de mérito. Ademais, não se está diante de hipótese em que tal demonstração se faz dispensável, como as situações em que é patente a negativa da autarquia tanto no que diz respeito ao benefício requerido, quanto à própria aceitação do requerimento, e como as causas pertinentes a Juizado Especial Federal Itinerante.

3. Não se encontra, na presente espécie, configurado o interesse de agir do autor, restando, por conseguinte, correta a extinção do processo sem julgamento de mérito.

4. Pedido de Uniformização conhecido e não provido.

(TNU, PEDILEF 200361841017600, Relator Juiz Federal DERIVALDO DE FIGUEIREDO BEZERRA FILHO, julgado em 28/05/2009, publicado no DJ de 10/08/2009)

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO SOBRE QUESTÃO DE FATO. SENTENÇA QUE JULGA EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADA.

1. Pedido não conhecido em relação aos acórdãos do STJ invocados como paradigmas por ausência de similitude fático-jurídica, na medida em que a exigência de prévio requerimento administrativo para fins de demonstração da existência de interesse processual no âmbito do microsistema dos juizados apresenta peculiaridades fático-jurídicas diversas daquelas relativas às varas federais comuns, como a maior acessibilidade aos Juizados Federais (sem a exigência do pagamento de custas e nem do acompanhamento de advogado) e a maior celeridade e informalidade dos Juizados Federais (que, para isso, pressupõem mais fortemente o prévio exame das questões na via própria: a via administrativa). Precedentes desta Turma Nacional (Proc. nº 2005.72.95.006179-0, Rel. Juiz Federal Alexandre Miguel, DJU 26.10.2006; Proc. nº 2004.70.95.006951-2, Rel. Juiz Federal Valter Antoniassi Maccarone, DJU 08.09.2008; Proc. nº 2006.72.95.02.0532-9, Rel. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, julgado em 27.03.2009).

2. Embora o acórdão recorrido trate de um caso de revisão de benefício já concedido, enquanto o acórdão de Turma Recursal de diferente região invocado como paradigma cuide de caso de concessão de benefício, há similitude fático-jurídica entre os acórdãos contrastados considerando que a solução a ser dada a ambas as situações é idêntica.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo em matéria previdenciária não é uma questão meramente processual, mas, sim, uma questão de direito material afeta à própria garantia constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário.

4. No âmbito do microsistema dos juizados, a solução é a mesma em relação à concessão de benefício previdenciário e em relação à revisão sobre questão de fato não examinada no ato de concessão de benefício previdenciário: exige-se prévio requerimento administrativo para a caracterização de interesse processual legítimo.

5. Isto justifica a extinção do processo sem resolução do mérito mediante indeferimento da inicial ou, se houver citação, após o decurso do prazo da contestação, se não houver a apresentação de contestação de mérito pelo INSS, como no caso.

6. Pedido conhecido apenas diante de divergência em relação à jurisprudência da 1ª Turma Recursal de Goiás e improvido.

(TNU, PEDILEF 20077251009190, Relatora Juíza Federal JACQUELINE MICHELS BILHALVA, julgado em 04/08/2009, publicado no DJ de 04/09/2009)

de agir do autor, mesmo não tendo requerido o benefício na via administrativa.²⁹² A Relatora deixou claro, em seu voto, que não era o simples ato de contestar o mérito que fazia surgir a lide, e sim o fato de o procurador federal que subscreveu a defesa ter analisado de forma aprofundada a situação pessoal do autor, razão pela qual, se o processo fosse extinto para determinar-se o requerimento do benefício administrativamente, poder-se-ia presumir que a decisão administrativa seria de indeferimento.²⁹³ ²⁹⁴ Em outra oportunidade, a Turma

²⁹² PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CONTESTAÇÃO DO RÉU ESPECIFICAMENTE ACERCA DO MÉRITO. PRESENÇA DO INTERESSE DE AGIR.

1. Situação em que a sentença, chancelada pelo v. acórdão da Turma Recursal, entendeu ausente o interesse de agir, mercê da inexistência de formulação de requerimento administrativo prévio. Destacou-se que toda a documentação relativa ao pleito em referência era posterior à DER (data da entrada do requerimento de aposentadoria).

2. A contestação oferecida pelo INSS, entretanto, aborda, especificamente, a matéria pertinente ao tempo de serviço especial (não foi sequer invocada a preliminar de ausência de interesse de agir), razão por que deve ser tida como caracterizada a pretensão resistida do réu.

3. Pedido de Uniformização conhecido e parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, o qual deverá examinar o mérito do pedido de reconhecimento de tempo de serviço especial, a despeito da ausência de requerimento administrativo.

(TNU, PEDILEF 200672950155442, Relatora Juíza Federal JOANA CAROLINA LINS PEREIRA, julgado em 16/02/2009, publicado no DJ de 25/03/2009)

²⁹³ PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. SALÁRIO-MATERNIDADE. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO FEITO.

1. Este Colegiado tem entendido que, quando a parte ré contesta a demanda, em seu mérito, restando evidenciado que a postulação, na esfera administrativa, não será acolhida, não se justifica a extinção do feito, sem análise meritória, por ausência de prévio requerimento, naquela esfera.

2. No caso concreto, a autarquia previdenciária, em sua peça de resposta, afirmou que a parte não preencheu os requisitos para a obtenção do benefício de salário-maternidade, tema que foi apreciado, efetivamente, pelo juízo singular e pela Turma de origem.

3. Nestas circunstâncias, não é razoável extinguir, a esta altura, o feito, sem apreciação do mérito, para apenas postergar a solução da lide, quando, repita-se, a 1ª (Primeira) e a 2ª (Segunda) Instâncias já reconheceram o direito da autora ao benefício.

4. Pedido de uniformização improvido.

(TNU, PEDILEF 200681100000871, Relator Juiz Federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, julgado em 03/08/2009, publicado no DJ de 15/09/2009)

²⁹⁴ Esta orientação foi reiterada posteriormente, para registrar que a alegação, pelo réu, da decadência do direito de provocar a revisão do benefício equipara-se à contestação específica quanto ao mérito:

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CONTESTAÇÃO DO RÉU. ARGUIÇÃO DE DECADÊNCIA. PRESENÇA DO INTERESSE DE AGIR.

1. Situação em que a sentença, chancelada pelo v. acórdão da Turma Recursal, entendeu ausente o interesse de agir, mercê da inexistência de formulação de requerimento administrativo prévio. Destacou-se que toda a documentação relativa ao pleito em referência era posterior à DER (data da entrada do requerimento de aposentadoria).

2. A contestação oferecida pelo INSS, entretanto, aborda, além da preliminar de ausência de interesse de agir, a alegação de decadência (diz-se que já teria decorrido o prazo do artigo 103 da Lei nº 8.213, de 1991), razão por que deve ser tida como caracterizada a pretensão resistida do réu. Com efeito, não se poderia exigir do autor um requerimento administrativo prévio se já se sabe, de antemão, que a resposta do Instituto será negativa.

3. Pedido de Uniformização conhecido e parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, o qual deverá examinar o mérito do pedido de reconhecimento de tempo de serviço especial, a despeito da ausência de requerimento administrativo.

(TNU, PEDILEF 200872510023982, Relatora Juíza Federal JOANA CAROLINA LINS PEREIRA, julgado em 08/02/2010, publicado no DJ de 05/03/2010)

explicitou que a contestação de mérito com argumentos genéricos, sem apreciação da situação específica do autor, não descaracteriza a falta de interesse processual.²⁹⁵

Há acórdão em que a Turma registrou ser dispensável o prévio requerimento no tocante à revisão de valor de benefícios já concedidos, porque esta revisão deveria ser feita de ofício, e o simples descompasso entre o valor e a lei já constitui lesão a direito do segurado.²⁹⁶

²⁹⁵ CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. OFERECIMENTO DE CONTESTAÇÃO PELO RÉU, SEM REFERÊNCIA ESPECÍFICA À SITUAÇÃO DO AUTOR. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR.

1. Consoante precedentes desta TNU (v., por todos, o acórdão do processo nº 2006.72.95.02.0532-9, rel. Juíza Jacqueline Bilhalva, julgado em 24.04.2009), a discussão relativa à necessidade de requerimento administrativo prévio concerne ao próprio direito constitucional de ação, motivo por que não constituiria matéria processual típica, cujo exame é vedado nesta sede.

2. Esta Turma Nacional, no julgamento do processo nº 2006.72.95.01.5544-2 (julgado em 16.2.2009), proferiu acórdão em cuja ementa se destacou que a contestação oferecida pelo INSS abordava, especificamente, a matéria pertinente ao caso do autor daquele feito (não foi sequer invocada a preliminar de ausência de interesse de agir), razão por que estaria caracterizada a pretensão resistida do réu. Pela interpretação “a contrario sensu” do aludido julgado, depreende-se que, nos casos em que não for oferecida contestação pelo INSS, ou em que a contestação se restringir a alegações genéricas, sem considerações específicas acerca do caso dos autos, não resta configurada a pretensão resistida.

3. No caso “sub examine”, observa-se que o INSS, sem embargo de haver oferecido contestação, limitou-se a fazê-lo em termos genéricos (cuida-se de uma peça “padrão” de defesa). A preliminar de ausência de interesse de agir foi invocada em petição posterior, na qual se afirmou que os documentos que tratam da alegada atividade rural não constam do processo administrativo concessório (o pedido deste feito, esclareça-se, é de revisão de aposentadoria, com a inclusão do período alegadamente dedicado às lides rurais), tendo sido apresentados apenas neste feito judicial.

4. Pedido de uniformização conhecido e improvido.

(TNU, PEDILEF 200772510065819, Relatora Juíza Federal JOANA CAROLINA LINS PEREIRA, julgado em 03/08/2009, publicado no DJ de 09/09/2009)

²⁹⁶ PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO SOBRE QUESTÃO DE FATO. SENTENÇA QUE JULGA EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADA.

1. Pedido não conhecido em relação aos acórdãos do STJ invocados como paradigmas por ausência de similitude fático-jurídica, na medida em que a exigência de prévio requerimento administrativo para fins de demonstração da existência de interesse processual no âmbito do microsistema dos juizados apresenta peculiaridades fático-jurídicas diversas daquelas relativas às varas federais comuns, como a maior acessibilidade aos Juizados Federais (sem a exigência do pagamento de custas e nem do acompanhamento de advogado) e a maior celeridade e informalidade dos Juizados Federais (que, para isso, pressupõem mais fortemente o prévio exame das questões na via própria: a via administrativa). Precedentes desta Turma Nacional (Proc. nº 2005.72.95.006179-0, Rel. Juiz Federal Alexandre Miguel, DJU 26.10.2006; Proc. nº 2004.70.95.006951-2, Rel. Juiz Federal Valter Antoniassi Maccarone, DJU 08.09.2008).

2. Embora o acórdão recorrido trate de um caso de revisão de benefício já concedido, enquanto os acórdãos de Turmas Recursais de diferentes regiões invocados como paradigmas cuidem de casos de concessão de benefícios, há similitude fático-jurídica entre os acórdãos contrastados considerando que a solução a ser dada a ambas as situações é idêntica.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo em matéria previdenciária não é uma questão meramente processual, mas, sim, uma questão de direito material afeta à própria garantia constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário.

4. No âmbito do microsistema dos juizados, a solução é a mesma em relação à concessão de benefício previdenciário e em relação à revisão sobre questão de fato não examinada no ato de concessão de benefício previdenciário: exige-se prévio requerimento administrativo para a caracterização de interesse processual legítimo. 4.1 Isto justifica a extinção do processo sem resolução do mérito mediante indeferimento da inicial ou, se houver citação, após o decurso do prazo da contestação, se não houver a apresentação de contestação de

Igualmente, o administrado deve ser dispensado de buscar a Administração quando é certo que seu requerimento será indeferido, como no caso dos trabalhadores rurais que não dispõem de prova documental exigida pelo INSS.²⁹⁷

Outro julgado da Turma Nacional de Uniformização, sem deixar de reconhecer a importância do prévio requerimento administrativo, considerou contraproducente extinguir o processo após o decurso de longo lapso temporal – e tendo em vista também as circunstâncias específicas dos Juizados Especiais.²⁹⁸ Consta do voto condutor:

mérito pelo INSS. 4.2 Isto não justifica a extinção do processo sem resolução do mérito se houver contestação de mérito pelo INSS.

5. Em se tratando de revisão exclusivamente sobre critério de cálculo relativo a ato de concessão de benefício previdenciário, não se exige prévio requerimento administrativo, sendo público e notório que o INSS não admite este tipo de revisão.

6. Porém, uma exceção à exigência de prévio requerimento administrativo há de ser admitida: quando no caso concreto ficar evidenciada a falta de acesso do segurado ou dependente previdenciário ao próprio INSS (o que tem sido freqüentemente constatado no âmbito dos Juizados itinerantes, especialmente na Amazônia). Isto porque, neste contexto, o cumprimento desta exigência é impossível.

7. Aliás, essa mesma linha de entendimento também se aplica em relação ao benefício assistencial de prestação continuada de que trata da Lei nº 8.742/93.

8. Pedido parcialmente conhecido e provido para fins de anulação da sentença para regular processamento e julgamento do feito.

(TNU, PEDILEF 200672950205329, Relatora Juíza Federal JACQUELINE MICHELS BILHALVA, julgado em 24/04/2009, publicado no DJ de 08/01/2010)

²⁹⁷ PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. CONTRARIEDADE À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CARACTERIZADA. BÓIA-FRIA. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO, PARA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. Caracterizada a contrariedade à jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, que dispensa a prova do prévio requerimento administrativo, como condição para que seja proposta ação judicial, visando à obtenção de benefício previdenciário, admite-se o pedido de uniformização. Ressalva do entendimento pessoal do Relator. Se a exigência de apresentação de documentos, a título de início de prova material do tempo de atividade rural cuja comprovação é necessária, para a concessão da aposentadoria rural por idade, não pode ser atendida pelos chamados bóias-frias, ante a informalidade que caracteriza o exercício de suas atividades, torna-se desnecessária a prova de apresentação de prévio requerimento administrativo, para o ingresso em juízo, visando à obtenção do benefício. Questão ligada ao exercício do direito de ação.

(TNU, PEDILEF 200738007329100, Relator Juiz Federal SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, julgado em 03/08/2009, publicado no DJ de 15/09/2009)

²⁹⁸ EMENTA PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AÇÃO PROPOSTA POR PESSOA NÃO ALFABETIZADA. EXISTÊNCIA DE CONTESTAÇÃO DE MÉRITO DO INSS. LAPSO TEMPORAL JÁ TRANSCORRIDO. EXAME DO CASO CONCRETO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NÃO PROVIDO.

1. Proposta a ação por pessoas de baixa instrução e especialmente não alfabetizadas, é possível concluir a ausência de familiaridade com os procedimentos administrativos e judiciais, e se reconhecendo, ademais, a expectativa gerada pelo transcurso de prazo significativo, não se afigura razoável exigível o prévio requerimento administrativo para caracterizar o interesse processual na demanda visando à obtenção de benefício previdenciário, mesmo sem prévio requerimento perante o INSS, na hipótese em concreto.

2. A atuação jurisdicional, na hipótese, não implica supressão da instância administrativa e substituição indevida do Judiciário ao Executivo, prevalecendo o princípio da inafastabilidade do controle judicial.

3. Incidente conhecido e não provido.

(TNU, PEDILEF 200581100682771, Relatora Juíza Federal ROSANA NOYA ALVES WEIBEL KAUFMANN, julgado em 14/09/2009, publicado em DJ 12/02/2010)

O questionamento proposto traz complexidade ao seu deslinde, de forma a assegurar o princípio da inafastabilidade do controle judicial, e, de outro lado, não interferir na separação dos Poderes do Estado, o que ocorreria ao substituir diretamente, o Judiciário, funções administrativas próprias da autarquia previdenciária.

Assim, penso que não deve o Judiciário, e especialmente os Juizados Especiais Federais, substituir diretamente as funções próprias às agências previdenciárias, na medida em que possuem, elas, os registros e os controles necessários ao exame material dos benefícios requeridos, os quais, em sua maioria, terão curso regular com o respectivo pagamento.

Contudo, a afirmativa acima deve ser temperada no âmbito dos Juizados Especiais Federais, nos quais a própria parte possui capacidade postulatória, e em cuja fase de implantação foram realizados diversos itinerantes, incentivando a população a buscar suas pretensões previdenciárias.

Ademais, as circunstâncias individuais de cada parte também devem ser consideradas para temperar tal exigência, na medida em que aos indivíduos com pouca e especialmente para aqueles não alfabetizados, não é possível esperar o discernimento necessário para distinguir a atuação administrativa da atuação dos Juizados Especiais Federais.

A uniformização na matéria não comportará, portanto, uma solução objetiva, precisa, mas, sim, recomenda um juízo de ponderação de valores no caso concreto, de forma a estabelecer a impossibilidade de afastar a exigência do prévio requerimento administrativo como condição da ação indistintamente, mas, sim, de examinar tal circunstância caso a caso, até mesmo para que o jurisdicionado compreenda a solução judicial como garantia de direitos e não como garantia de formalidades dissociadas de um contexto social e econômico.

Na questão em concreto, deve prevalecer o entendimento da Turma Recursal de origem – que afastou a alegação da ausência de interesse de agir do INSS –, considerando que, na ponderação dos princípios envolvidos, não se afigurava razoável exigir o prévio requerimento administrativo como condição da ação, considerando as circunstâncias da parte autora que não é alfabetizada, bem assim pela existência de contestação de mérito da pretensão pelo INSS e também o lapso temporal já transcorrido desde o ajuizamento da demanda.

Por fim, a temperar a exigência do prévio requerimento, a Turma Nacional decidiu que “seria por demais injusto” que os Juizados Itinerantes exigissem a prévia postulação administrativa, dada a significativa distância entre as cidades atendidas e os órgãos administrativos; o tempo, o custo e a dificuldade de deslocamento justificariam o acesso imediato ao Poder Judiciário.²⁹⁹

²⁹⁹ PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. JUIZADO ITINERANTE.

1. É fato que, nos juizados ditos “itinerantes” (ocasiões em que magistrados e servidores realizam atendimentos e audiências em cidades que não constituem sede de vara federal), as cidades atendidas, no mais das vezes, se situam a enorme distância da agência do INSS mais próxima. São comunidades isoladas, nas quais o único acesso, não raro, é através da via fluvial.

2. Dessa maneira, exigir requerimento administrativo prévio para pessoas que são desprovidas de qualquer facilidade de acesso a órgãos públicos, vivendo em comunidades isoladas nos distantes rincões deste país, seria por demais injusto, na medida em que lhes inviabilizaria, por completo, a única oportunidade de acesso ao Poder Judiciário. Neste caso, sim, estaria perfeitamente configurada a ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

3. Pedido de uniformização provido.

(TNU, PEDILEF 200738007192716, Relatora Juíza Federal JOANA CAROLINA LINS PEREIRA, julgado em 28/05/2009, publicado em DJ 25/03/2010)

6 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À EXIGÊNCIA DO PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO

Em pesquisa levada a efeito em 2006, MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA compilou os argumentos expostos por cem juízes federais de diferentes regiões que voluntariamente responderam a consulta padronizada em formulário eletrônico, sintetizando os argumentos favoráveis e desfavoráveis à exigência do prévio requerimento administrativo.^{300 301} Desde então, seguimos acompanhando e fomentando a discussão na lista de e-mails da AJUFE – Associação dos Juízes Federais, a fim de confirmar que os argumentos em questão ainda retratam os fundamentos empregados na prática judiciária.

6.1 Argumentos contrários à exigência do prévio requerimento administrativo³⁰²

6.1.1 A exigência de prévia postulação administrativa obstará o acesso imediato ao Poder Judiciário, em violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição da República

- a) A atual Carta Constitucional, ao deixar de reiterar a regra do art. 153, § 4º, da Constituição de 1967 (introduzida pela Emenda Constitucional nº 07/1977), não teria deixado espaço para pretender restabelecer modalidade de contencioso administrativo e postergar a possibilidade de controle jurisdicional.
- b) Não existiria lei condicionando a caracterização do interesse de agir ao prévio requerimento administrativo, razão pela qual exigi-lo importaria negativa de jurisdição sem amparo legal.

³⁰⁰ SOUZA, Maria Lúcia Gomes de. *O prévio requerimento administrativo como condição para o ajuizamento da ação contra o poder público sob a perspectiva do direito fundamental de acesso à justiça*. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Público da Universidade Federal Fluminense em convênio com o Conselho da Justiça Federal. Manaus: 2007, não publicada.

³⁰¹ Apropriamo-nos dos argumentos compilados por MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA, permitindo-nos seu reagrupamento, de modo a melhor sistematizá-los, e acrescentamos aqueles que posteriormente foram ventilados por outros magistrados na lista interna de discussão da AJUFE – Associação dos Juízes Federais.

³⁰² SOUZA, op. cit., pp. 62-65.

c) A exigência de prévio requerimento se faz presente, na maioria dos casos, nas ações previdenciárias, que normalmente são ajuizadas por pessoas carentes de proteção social, e a limitação do acesso imediato ao Poder Judiciário nessa hipótese militar contra a concretização do princípio da dignidade humana e dos objetivos constitucionais de erradicação da pobreza e construção de uma sociedade justa e solidária. A expectativa da sociedade em relação ao Judiciário é de que ele não deveria nem poderia deixar de apreciar as demandas que lhe são apresentadas, devendo solucionar os problemas submetidos a julgamento, sem ignorá-los ou transferi-los ao Poder Executivo.³⁰³

6.1.2 A Administração Pública do Brasil seria ausente e ineficiente

a) Em muitas cidades, a presença da Administração Pública seria precária ou mesmo absolutamente inexistente, então a supressão da possibilidade de conhecimento originário da pretensão do administrado pelo Poder Judiciário – principalmente nos lugares longínquos aos quais chegam os Juizados Especiais Itinerantes – implicaria negativa de jurisdição.

b) A atuação da Administração Pública seria defeituosa, sendo fato público e notório a prática generalizada de recusa, por parte dos servidores, a protocolizar os requerimentos e emitir comprovante (por fundamentos diversos, tais como falta de atribuição do órgão para processar o requerimento, improcedência manifesta do requerimento, falta de documentação a

³⁰³ “O Estado tradicionalmente foi protegido pelo sistema processual, em virtude de suas funções. Há necessidade de se ter em mente tal situação para que o julgador possa equacionar as diferenças. A imposição de mais uma restrição em relação à possibilidade de acionar o Estado, consubstanciada no prévio requerimento administrativo, não parece avançar no tratamento da matéria.

Além disso, no Brasil, a desigualdade econômica, cultural e social entre os cidadãos é grande. Não há uma educação sólida voltada à formação de cidadãos conscientes de seus direitos e dos modos de seu exercício. A Defensoria Pública ainda não está bem estruturada. A sociedade civil carece de melhor organização. Há desconfiança em relação ao Poder Judiciário. Desta feita, deve-se refletir de forma acurada a propósito da pertinência de obstar o acesso daqueles jurisdicionados que conseguem ultrapassar o cerco de pobreza e desinformação e recorrer à Justiça.

[...]

O acesso à justiça demanda um processo humano e um julgador sensível à realidade, de sorte que deve ser levada em consideração a história e condição de vida dos demandantes e a disponibilidade de assistência jurídica, para se sopesar as dificuldades de obtenção de prova, a necessidade de submetê-lo ao cumprimento de formalidades, os custos econômicos destas e as conseqüências no mundo real que podem ser acarretadas pela decisão a ser adotada.

O aspecto instrumental do direito de acesso à justiça rechaça a aplicação de formalismos exacerbados, de forma que deve ser sopesada se a exigência do prévio requerimento administrativo é efetivamente útil e indispensável à aferição da existência do interesse de agir, a depender de cada demanda. Outrossim, deve se prestigiar a medida que dê efetiva solução ao litígio, em detrimento de impropriedades formais. [...]” SOUZA, op. cit., pp. 122-123.

instruir o requerimento *etc*), bem como as longas filas ou necessidade de obtenção de senhas com grande antecedência.

c) A instância administrativa não seria eficiente nem imparcial a contento, não sendo da tradição brasileira o reconhecimento espontâneo do direito dos administrados, mesmo quando já existente jurisprudência sólida em seu favor, até porque servidores e procuradores públicos receiam sofrer processo disciplinar por reconhecer direitos fora dos limites da literalidade do texto legal.

d) Somente se poderia exigir em juízo a prova do indeferimento de requerimento administrativo se houvesse certeza de que a Administração Pública estivesse recebendo todos os pedidos dos cidadãos, processando-os de forma isenta, mediante pesquisa adequada e realização das devidas diligências, e proporcionando a prolação de uma decisão em um prazo razoável. Pela mesma razão, seria inútil impor a via administrativa nos casos em que, de antemão, sabe-se que a orientação adotada pela Administração Pública é contrária à pretensão dos administrados, seja porque expressa em norma interna, seja por ter havido resposta desfavorável recente em casos idênticos (a extinção prematura do processo judicial desnaturaria sua finalidade instrumental ao direito que se almeja ver concretizado).³⁰⁴

³⁰⁴ “Há quem aduza que a abertura indiscriminada da via judiciária contribui para o excesso de demandas, de forma que a exigência do prévio requerimento administrativo atenderia à racionalização do sistema. Em contraposição, cabe a argumentação de que se deve atacar a causa da litigiosidade, qual seja, a ineficiência administrativa, o descaso para com o cidadão, o atendimento indigno nas repartições públicas, a ausência de efetivação dos direitos por parte do Poder Público, etc., para fim de equacionar a explosão de demandas contra o Estado, não seus efeitos. Se o cidadão está procurando diretamente o Poder Judiciário, existe algum problema na via administrativa que tem repellido a sua aproximação.

A criação de regra desta natureza pressupõe a eficiência da Administração no atendimento e/ou julgamento dos pedidos das partes. É público e notório, porém, o quadro francamente contrário existente no Brasil. [...] [...]

É claro que o país é imenso, e a realidade de determinadas localidades pode apresentar um quadro de satisfatória prestação de serviços por partes dos órgãos públicos. Os fatos noticiados pela imprensa e os relatos dos cidadãos comuns, todavia, são recorrentes no sentido de dar conta da deficiência de atendimento do serviço público.

Concorda-se, não obstante, com a idéia de que o julgador deve atentar para a realidade da localidade onde presta jurisdição, na avaliação da propriedade da exigência da anterior provocação da Administração Pública.

Muitos afirmam que a exigência do prévio requerimento administrativo fomenta a pressão direta do cidadão em relação à Administração Pública e afigura-se pedagógica para incentivar a cultura de procurar-se primeiramente a Administração Pública. Primeiramente, é de se ponderar parecer pouco provável que com tal medida haja efetiva transformação da Administração Pública, pois o cidadão já procura o Poder Judiciário certamente porque a pressão pública e notória exercida diretamente durante anos e anos não tem surtido efeito. Há muitos anos se tem notícia das filas intermináveis nas portas dos órgãos públicos brasileiros.

Quanto ao cidadão, afigura-se sintomático o fato de procurar diretamente o Judiciário. Se a obtenção do seu pedido na via administrativa fosse mais fácil, certamente ele não adotaria tal postura. Ademais disso, grande parte dos casos judiciais são de pessoas que já procuraram os órgãos públicos, mas apenas não possuem prova de tal circunstância.

Melhor seria se a Administração Pública assumisse sua responsabilidade na viabilização do acesso à justiça, conscientizando-se de que deve agir de forma eficiente para evitar a propositura de demandas judiciais. O ideal seria que o Poder Executivo assumisse sua parcela de responsabilidade e despertasse para a questão de que o acesso à justiça é um problema do Estado como um todo, não só do Poder Judiciário. Por seu turno, era

6.1.3 O prévio requerimento indeferido não seria a única forma de justificar a utilidade/necessidade de intervenção jurisdicional

- a) A contestação ao mérito do pedido formulado em juízo bastaria para caracterizar a resistência do réu à pretensão e, conseqüentemente, o interesse processual de agir do autor.
- b) A urgência excepcional do autor em obter uma resposta fora dos prazos ordinários de processamento administrativo justificaria o acesso imediato ao Poder Judiciário.
- c) A inexistência de agência da Administração Pública próxima à localidade onde reside o administrado também evidenciaria a ausência de outro meio de postular o direito senão em juízo, configurando o interesse de agir.
- d) Se, em regra, quem procura o Judiciário encontrou alguma resistência na satisfação de seus direitos pela Administração, o interesse de agir deveria ser presumido a partir dos fatos expostos na petição inicial: presume-se o comum, não a exceção (falta de interesse de agir), razão pela qual a petição inicial não poderia ser indeferida sem prévia manifestação do réu a respeito das alegações do autor.

6.2 Argumentos favoráveis à exigência do prévio requerimento administrativo³⁰⁵

6.2.1 A ausência de provocação prévia da Administração Pública descaracterizaria o interesse processual de agir

- a) Nas ações em que se visa à condenação do Poder Público, a existência de lide seria imprescindível para autorizar a intervenção judicial e demonstrar sua utilidade/necessidade, não se podendo presumir a resistência por parte da Administração Pública à pretensão do administrado (salvo quando a demora a emitir resposta ao administrado consistir, por si só,

necessário que houvesse a mudança da cultura de litigância por parte do Poder Público. Isto pode ser viabilizado através da abertura de um diálogo entre as instituições.

Quanto ao risco de violação do princípio da separação de poderes, com a possibilidade de substituição do administrador pelo juiz, em caso da não-exigência da anterior postulação administrativa para ingresso em juízo contra o Poder Público, é de se ver que todos os poderes estão obrigados à realização dos direitos fundamentais. Não se pode dizer, portanto, que o Poder Judiciário estaria cumprindo uma função anômala. O problema, portanto, subjacente à procura direta da via judiciária, também é seu, não podendo o jurisdicionado ser relegado à própria sorte.” SOUZA, op. cit., pp. 124-125.

³⁰⁵ SOUZA, op. cit., pp. 66-70.

em violação a um direito): caberia ao autor narrar e comprovar, quanto a um requerimento administrativo, o não recebimento, a demora excessiva para apreciá-lo ou o seu indeferimento.^{306 307}

b) Não existiria incompatibilidade entre o livre acesso ao Poder Judiciário e a mera exigência de prévio requerimento (e de uma resposta da Administração Pública, ou o decurso do prazo sem resposta) – não sendo obrigatório a ninguém esgotar a instância administrativa – pois a própria Constituição da República condicionaria a atuação judicial à ocorrência de lesão ou ameaça a direito, e o Código de Processo Civil condicionaria o regular exercício do direito de ação à presença de interesse processual de agir.^{308 309}

³⁰⁶ “Seja qual for, contudo, o conceito com que se esteja admitindo o interesse processual do autor, não se poderá admitir uma ação ordinária de concessão de benefício previdenciário sem o prévio requerimento administrativo. Quando o interessado deixa de postular o benefício que poderia ser deferido na esfera administrativa, sujeito à sua exclusiva disponibilidade, não haverá o interesse que, sob a ótica de Chiovenda, ‘*consiste em que sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano*’. Da mesma forma não se verifica o interesse jurídico quando fundado na utilidade final a ser obtida, pois se a concessão do benefício previdenciário pode ser satisfeita por outro modo que não uma ação judiciária, não se justifica a atuação do Poder Judiciário que somente intervém quando necessário, não sendo lícito ao credor agravar a posição da Autarquia Previdenciária por simples capricho.

[...]

Ainda que se pudesse supostamente superar a ausência de necessidade – *uma vez que a Autarquia Previdenciária poderia contestar a pretensão posta em juízo, permitindo o exame da questão nos seus aspectos controvertidos* – restaria invicta a carência de adequação, pois a sobreposição das funções do Estado, com a via judicial suprimindo por completo a atuação administrativa da Autarquia Previdenciária não se revela ajustada ao Estado Democrático e Social de Direito, já que *o benefício previdenciário necessita de pedido do interessado como condição para a sua outorga e o poder Judiciário não pode dizer, à maneira de substituto, como o administrador deve atuar positivamente.*” BIGOLIN, Giovani. “O requerimento administrativo e o controle judicial dos benefícios previdenciários”, in ROCHA, Daniel Machado da (coordenador). *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, item 3.2.1.

³⁰⁷ “Torna-se evidente, portanto, que o requerimento administrativo de benefício previdenciário constitui condição para o interesse de agir em Juízo, uma vez que compete ao INSS verificar – ao menos em um primeiro momento – o preenchimento dos requisitos legais necessários à percepção do benefício. Deve-se destacar, entretanto, que não se exige o exaurimento da via administrativa, apenas a obtenção da resposta por parte da Administração Pública, que deverá ser fornecida em prazo razoável, ainda que o postulante tenha instruído seu requerimento de forma deficitária. A interposição de recurso administrativo, em caso de decisão denegatória de benefício, é facultativa.” PARENTONI, Leonardo Netto. “Prévio requerimento administrativo e interesse de agir em juízo”, *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2044, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12286/previo-requerimento-administrativo-e-interesse-de-agir-em-juizo>>.

³⁰⁸ “O fato de a Jurisprudência ser pacífica quanto à desnecessidade do prévio exaurimento da instância administrativa como condição para o exercício do direito de ação (Nesse sentido, tem-se a súmula 213 do Tribunal Federal de Recursos – “o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária” e a súmula 9 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação”), não retira a necessidade de haver, pelo menos, o prévio pedido administrativo. Não se trata aqui de esvaziar a eficácia do direito fundamental à ação e do princípio do amplo acesso há justiça (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Pelo contrário, o que se quer é que estejam presentes as condições da ação para que o Órgão Julgador possa prestar *satisfatoriamente* a tutela jurisdicional. Afinal, ‘enquanto não houver tal iniciativa (exercício do direito) não se pode, logicamente, alegar a existência de lesão ou ameaça a lesão, configuradora do interesse de agir em juízo’.” LIMA, George Marmelstein. O Prévio Requerimento Administrativo como Condição para a Propositura da Ação Previdenciária. Disponível em:

6.2.2 O juiz não poderia substituir o administrador

- a) Não se pode presumir a ineficiência da Administração, até porque, em regra, as repartições administrativas funcionam regularmente.
- b) Nos casos de greve, deficiente aparelhamento de pessoal, ou de falta de confiança na Administração Pública, o administrado não estaria autorizado a postular diretamente perante o Poder Judiciário só por ser-lhe mais cômodo, sob pena de transformá-lo em um protocolo-geral da Administração.
- c) O Poder Judiciário não é um “super Poder” e não estaria autorizado a substituir a Administração Pública na concessão do requerimento (no que diz respeito, é claro, aos casos em que o agir administrativo está condicionado à provocação expressa do interessado): a garantia de acesso à via judiciária não asseguraria a apreciação originária de uma pretensão pelo juiz, avocando atribuição própria do Poder Executivo, em violação à distribuição constitucional de competências que caracteriza o princípio da separação de poderes.³¹⁰
- d) Demandas que podem ser resolvidas perante a Administração Pública não deveriam ser precipitadamente judicializadas, pois a judicialização não traz vantagem para o

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-prévio-requerimento-administrativo-como-condição-para-propositura-da-ação-previdenciária>>.

³⁰⁹ “A ausência total de pedido na via administrativa, e o ajuizamento, direto na esfera judiciária, do pedido de concessão de benefício previdenciário e do pagamento de indenização do seguro DPVAT, ensejam a extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de uma das condições da ação – interesse de agir – na modalidade necessidade, pois, se o INSS e/ou as seguradoras não impõem nenhum obstáculo, não há direito resistido, não se aperfeiçoando a lide, doutrinariamente conceituada como um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida.” MOREIRA, Antonio Ricardo. “O interesse de agir em ações que permitem a solução extra-judicial. Casos específicos de ações previdenciárias e securitárias (DPVAT)”, *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2770, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18389/o-interesse-de-agir-em-aco-es-que-permitem-a-solucao-extra-judicial>>.

³¹⁰ “A norma do art. 1º da Lei 8.213/91 é extremamente clara ao prever que caberá ao Instituto Nacional de Seguro Social, autarquia federal do Governo Federal, criada especificamente com tal finalidade, reconhecer o direito ou não do segurado ao benefício pleiteado. Ademais, pela inteligência das normas da Lei de Benefícios, podemos extrair que compete exclusivamente aos médicos peritos do quadro funcional do INSS dizer da existência ou não de incapacidade para o labor, daí se extraindo a necessidade ou não de afastamento do trabalho, com direito a perceber benefício previdenciário. Quando o segurado busca se tutelar através do Poder Judiciário, ele deverá, ao menos, apresentar uma relação jurídica violada por erro da administração ou negativa de atendimento, com o fim de que se possa, através de um processo judicial válido, ver apreciadas as provas colacionadas e dizer do erro ou omissão do Poder Público. Note-se que quando o Judiciário atua diretamente na análise inicial sobre a concessão ou não de benefícios previdenciários está usurpando função típica da Administração Pública, que é a cobertura dos riscos sociais, prevista no art. 201 da Constituição Federal. Isso significa violar um princípio estruturante do nosso Estado, que é a separação de poderes (art. 2º da CF/88), o que não pode ser aceito, sob pena de subversão da Ordem Constitucional.” TAVARES, Marco Arlindo. “Razões para o prévio requerimento administrativo de benefício previdenciário antes de se buscar o Poder Judiciário”, *Jus Navigandi* n° 2706, Teresina: 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17918>>.

administrado, mas a sobrecarga de processos inviabiliza o bom funcionamento do Judiciário, resultando em custo econômico e social significativo e em prejuízo à velocidade e à qualidade da resposta nos outros milhares de processos em que a tutela judicial é realmente necessária.

e) O estímulo a que o administrado procurasse – e pressionasse – os órgãos administrativos contribuiria para o aperfeiçoamento da sua estrutura e dos seus serviços (e mesmo para a alocação de mais recursos públicos na melhoria de seu funcionamento), sem fazer com que o Poder Judiciário tivesse de absorver funções que não são suas: se não se exigir uma mudança no funcionamento da Administração Pública, a prática de buscar diretamente o Judiciário se perpetuará e aumentará, levando, em última análise, à incorporação daquela por este.³¹¹

6.2.3 A supressão da fase administrativa favoreceria os fraudadores, prejudicaria aqueles que eventualmente tenham um bom direito, e implicaria cerceamento de defesa

a) A averiguação administrativa seria mais aprofundada que aquela feita em juízo, fornecendo informações úteis e maiores subsídios probatórios para o julgamento dos processos judiciais, e, por isto, ajudaria a coibir fraudes. As fraudes são comuns principalmente nos processos previdenciários (um único documento serve de início de prova documental frágil, a ser corroborada por testemunhas nem sempre idôneas), e a concretização das diligências na via administrativa contribuiria muito para elucidar os fatos relevantes para caracterizar o direito alegado (busca da verdade) – o que poderia vir inclusive em favor do administrado que tem um bom direito e não conseguiu comprová-lo de plano (enquanto na via judicial o ônus da prova é do administrado, sujeito a prazos curtos e preclusivos). Além disto, o ingresso na via judicial de aventureiros que buscam contornar o rigor investigativo da Administração e formulam pedidos desacompanhados de prova sólida contribuem para o

³¹¹ “Ao julgar como válida a ação que não dispõe de todas as condições de validade, o julgador presume existir a resistência à pretensão do autor, apesar de sequer o réu ter conhecimento do que se pleiteia. Fato este que acarreta uma situação desfavorável a ser observada, o aumento da proposição diretamente no órgão jurisdicional. Os juizados especiais federais por serem mais céleres e contemplar o contraditório e a ampla defesa de forma mais eficaz, poderão, caso seja acolhida a tese de desnecessidade do prévio requerimento administrativo, ser alvo de diversos pedidos previdenciários, sem o dito requerimento. Destarte, aumenta-se a demanda e pode-se levar até mesmo a mudanças estruturais significativas na Autarquia Previdenciária, como o fim do atendimento aos requerentes dos benefícios. Suprimindo, assim, a função precípua do referido órgão, e substituindo sua função pela jurisdicional sem que haja antes a constituição da lide”. VASCONCELOS, Enderson Danilo Santos de. “O interesse de agir e o prévio requerimento administrativo nas ações previdenciárias”, *Âmbito Jurídico* nº 74, Rio Grande do Sul: 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7520>.

enrijecimento da jurisprudência no tocante aos *standarts* probatórios e, assim, prejudicam outros autores que eventualmente teriam o direito alegado.

b) Mesmo quando a Administração Pública indefere o requerimento do administrado, a prévia passagem pela via administrativa teria a utilidade de separar os fatos por ela admitidos como verdadeiros daqueles que não o são, o que ajudaria a estabelecer os pontos controvertidos a serem objeto de prova e julgamento pelo juiz (se o juiz analisasse a pretensão sem prévio requerimento, teria de cogitar de todos os empecilhos possíveis ao pleito do jurisdicionado).

c) A defesa da Administração Pública ficaria prejudicada por tomar ciência da pretensão do administrado apenas no momento da citação, porque privada da oportunidade de uma apreciação aprofundada e de diligenciar para averiguar a procedência do pedido (principalmente em Estados em que a extensão territorial dificulta pesquisas de campo).

d) Considerando que o procurador não é o órgão da administração adequado para a apreciação originária de requerimentos que nunca antes lhe foram submetidos, e que o tempo exíguo da contestação (trinta dias nos Juizados Especiais, vinte nas ações cautelares e sessenta no rito ordinário) não é suficiente para esgotar todo o trâmite que, na via administrativa, poderia levar a eventual reconhecimento da procedência do pedido, a admissão de processos sem prévio reconhecimento administrativo acabaria compelindo o advogado público, na maior parte das vezes, a resistir à pretensão (sendo que os argumentos de defesa muitas vezes ficarão limitados à argüição de insuficiência probatória dos elementos que instruem a inicial). Aliás, se o procurador se restringir a alegar a preliminar de falta de interesse de agir, corre o risco de causar prejuízo ao demandado, pois perderá a oportunidade de defender o mérito; por outro lado, ao apresentar defesa de mérito (resistência à pretensão), há julgados segundo os quais isto bastaria a caracterizar a resistência à pretensão e a superação da preliminar de falta de interesse de agir.^{312 313}

³¹² “Convém ressaltar que a contestação dos termos da peça inicial da ação judicial não supre a referida condição da ação, por vários motivos:

a) primeiro, porque também somente os membros da Procuradoria-Geral Federal têm acesso aos autos, e não cabe a esse Órgão a análise inicial de benefícios, mas sim aos servidores do INSS: tratam-se de órgãos distintos;

b) segundo, porque a legislação processual civil impõe ao réu a obrigação de aduzir toda e qualquer matéria de defesa que tenha no momento da contestação, sob pena de preempção (art. 301);

c) e, terceiro, porque os pedidos administrativos, em sua maioria, demandam a produção de provas em favor do segurado, o que permite uma maior certeza ao resultado do pedido; ao contrário, no momento de impugnar os termos da peça inicial do processo judicial não se tem clareza do direito invocado pelo segurado, motivo por que se torna obrigatória a contestação de mérito – isso não significa necessariamente que o benefício seria indeferido administrativamente, já que a parte interessada teria a oportunidade de demonstrar que está em evento necessário de ser acobertado pelo seguro social.” MOREIRA, Antonio Ricardo. “O interesse de agir em ações que permitem a solução extra-judicial. Casos específicos de ações previdenciárias e securitárias (DPVAT)”, *Jus Navigandi* nº 2770, Teresina: 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18389>>.

6.3 Os argumentos expostos pelo INSS no Recurso Extraordinário 631.240

Por decisão proferida no final de 2010, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a ocorrência de repercussão geral no Recurso Extraordinário 631.240, interposto pelo INSS de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, reformando a sentença, entendeu caracterizado o interesse de agir da segurada, mesmo diante da incoerência de prévia postulação administrativa.

As razões do recurso interposto pelo INSS – alegando contrariedade aos arts. 2º e 5º, XXXV, da Constituição da República – podem ser sintetizadas nos argumentos adiante apresentados:³¹⁴

a) A repercussão geral em suas modalidades econômica, jurídica e social decorre da constatação de que, atualmente, em todo o território nacional, “milhares de segurados da Previdência Social têm dado entrada todos os dias em ações contra o INSS sem em momento algum terem postulado administrativamente o benefício que encerra a *res in iudicio deducta*”, o que, apesar de fazer com que a Autarquia tenha menos pedidos de benefício a analisar, causa “enormes prejuízos às Procuradorias e ao Judiciário, que têm se desgastado para analisar requerimentos que grande parte das vezes poderiam ser deferidos no mesmo dia, e ao próprio segurado, que necessariamente terá de esperar por anos para ter atendida uma pretensão que poderia ser prontamente resolvida”, até porque “os recursos materiais e humanos despendidos, tanto pelas Procuradorias como pelo Judiciário, são incompatíveis com a rapidez garantida pela estrutura administrativa do INSS e a descentralização burocrática características dos procedimentos concessórios, onde um único servidor concede diversos

³¹³ “O argumento apresentado [no sentido de que a apresentação de contestação configuraria o conflito de interesses] revela desconhecimento do que seja o alcance e atuação do controle judicial sobre as prestações públicas previdenciárias. O benefício previdenciário está sujeito ao pedido administrativo para a sua outorga por força da sua própria condição de ato administrativo complexo, item já examinado nesse estudo. A questão posta à apreciação do poder judiciário é toda a trajetória do processo administrativo, visando uma acurada observação do atendimento a todos os requisitos formais exigíveis, se houve contraditório, intimação, oportunização de provas e, por fim, se o poder executivo aplicou corretamente a Lei no exame da implantação do benefício. Acaso abreviado de forma drástica esse caminho, optando o interessado em requerer o benefício diretamente ao poder judiciário, antes de existir um conflito de interesses, existe um conflito e supressão de funções estatais. A suposta contestação dos fatos pela Autarquia Previdenciária não representa uma real litigiosidade, pois não há como se pretender uma oposição a uma declaração unilateral da Administração que não existiu.” BIGOLIN, op. cit., item 3.2.1.

³¹⁴ O inteiro teor do recurso, com todas as peças do processo, está disponível para consulta no item “acompanhamento processual”, inserindo-se o número do RE e clicando em “ver peças eletrônicas”, podendo ser acessado diretamente pelo link <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sequebjetoincidente=3966199>>.

benefícios no mesmo dia sem que se tenha de pagar um juiz, um procurador e não raro um defensor público para substituí-lo em idêntica tarefa”, sendo imprescindível delimitar “as funções a serem exercidas por cada Poder Constituído no âmbito da República Federativa.”;

b) Ao julgar o Recurso em Habeas Data 22, o Supremo Tribunal Federal considerou, como consta do voto vencedor do Ministro CELSO DE MELLO, que o interesse de agir, um dos requisitos de admissibilidade do direito público subjetivo ao *ius actionis*, impõe que “o autor demonstre a existência de uma pretensão resistida. Esta resistência, que se vê traduzida na ocorrência de obstáculo que impede o gozo de um direito pelo requerente, deve manifestar-se na verificação real, prévia e concreta de um óbice oposto pela parte contrária, em ordem a evidenciar que a invocação da tutela jurisdicional se justifica e se torna necessária em face de impedimento, jurídico ou de fato, que inviabilize a satisfação de uma determinada pretensão de direito material.”;

c) A controvérsia é de índole constitucional porque “o direito de ação, por sua estrutura, é indissociável do princípio da separação dos poderes, na medida em que demarca a área de atuação propriamente reservada à função jurisdicional”, já que o art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988 disciplina o campo de atuação do Judiciário em contraposição ao Executivo e ao Legislativo;

d) Ofenderia o princípio dispositivo, por via transversa, que “o juiz pudesse se manifestar independentemente da necessidade de sua intervenção, dada a existência de outros meios mais econômicos e igualmente seguros (CARNELUTTI, Francesco; *Sistema de Derecho Procesal Civil*, v. 1, UTEHA, Buenos Aires, 1944, p. 255)”, até porque, “Se a controvérsia não se consubstancia em um conflito de interesses, [...] verifica-se não o exercício do direito de ação, mas um abuso de tal direito; se o magistrado, a despeito da prescindibilidade do provimento jurisdicional, dá seguimento à demanda, despe-se da imparcialidade e abusa de sua autoridade, na medida em que passa a advogar no âmbito da relação jurídica de direito material.” Assim, “não caberia qualquer diferenciação entre a relação jurídico-processual e a relação de direito material se o Estado-juiz, independentemente da indispensabilidade da prestação jurisdicional – que pressupõe tanto o princípio dispositivo como o interesse *ad agendum* –, pudesse interferir nas relações extraprocessuais para determinar o direito, pois nesse caso tratar-se-ia de uma intervenção na relação de direito material, e não da formação de uma relação processual autônoma sob todos os aspectos.”;

e) Não importa se autor tem ou não o direito invocado, pois o Judiciário não tem a prerrogativa de analisar diretamente o fundo e a forma dos direitos subjetivos de natureza previdenciária em substituição ao INSS: não se trata de subordinação de um poder a outro, e

sim de invasão de atribuições mediante ampliação indevida da garantia do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, esvaziando a essencialidade que deve caracterizar a função jurisdicional e que a distingue da função propriamente administrativa/executiva. As condições da ação, e particularmente o interesse de agir, “são mandamentos que evitam a violação indireta do postulado de imparcialidade e subsidiariedade da tutela jurisdicional, e sua inopinada desconsideração não importa em simples ampliação do âmbito de proteção do direito de ação, mas na permissão de um abuso de direito, pelo lado do autor, e de um abuso de autoridade, por parte do juiz. Já quando a relação de direito material diz respeito a direitos subjetivos oponíveis contra a Previdência Social, incorre o magistrado em incisiva malversação do princípio da separação de poderes, pois se arroga a função de executor das leis concernentes à análise de pedidos de benefícios previdenciários e assistenciais.”;

f) O Supremo Tribunal Federal já distinguiu a (hoje inexigível) “exaustão da via administrativa” dos casos em que há total ausência de lide (porque ao demandado sequer foi dada a oportunidade de atender ao interesse do demandado), como nos Recursos Extraordinários 144.840 e 273.791 – em que se afirmou que o art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988 assegura o acesso à jurisdição, mas não o direito à decisão de mérito, que pende da presença dos pressupostos do processo e das condições da ação, disciplinados pela legislação ordinária – e na decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário 549.706, em que a Ministra ELLEN GRACIE assentou que “No caso vertente, não há que se falar em exaurimento, pois não houve, sequer, a instauração da instância administrativa por meio do requerimento equivalente, caso em que se poderia esperar a manifestação da agravante para acolher ou resistir a pretensão da agravada e assim, fazer emergir o seu interesse em buscar o amparo do Poder Judiciário para evitar a eventual lesão a seu direito.”;

g) A consagração de uma jurisprudência que dispense a prévia postulação do direito na via administrativa trará as seguintes conseqüências negativas:

(i) A demanda por benefícios nas agências da Autarquia se manterá estável ou diminuirá, enquanto inúmeros pedidos migrarão para o Judiciário e principalmente para os Juizados Especiais, sobrecarregando-os, sem que este Poder disponha de condições logísticas mínimas de substituir-se ao INSS na análise de pedidos de concessão de benefícios;

(ii) O Estado ocupará um procurador federal, um juiz e, por vezes, um defensor público, por anos, para que se analise cada pedido de benefício, ao passo que um agente previdenciário, com custo e tempo menor, aprecia vários benefícios por dia (sendo falsa a afirmação de que o INSS indefere a quase totalidade dos benefícios,

pois, em âmbito nacional, o percentual anual de deferimento de benefícios é, em média, de 60% dos requerimentos deduzidos);

(iii) Enquanto a Previdência Social dispõe de mecanismos para preservar a uniformidade e a segurança jurídica nos critérios das decisões de seus mais de mil e trezentos pontos de atendimento em todo o País (consultas normativas, formatação de sistemas corporativos, múltiplas instâncias recursais, cursos de capacitação e normatização ostensiva), a independência dos juízes – inclusive dos juízes estaduais, no exercício da competência delegada (art. 109, § 3º, da Constituição da República) – levará à disparidade de critérios e à violação à isonomia (até porque os juízes não estarão corrigindo pontualmente as ilegalidades praticadas pelos órgãos do INSS, mas com este concorrendo na fixação de parâmetros de concessão, só que não nacionais, mas regionais e locais, segundo o *arbitrium iudicis*);

(iv) O tempo despendido para a tomada de decisões definitivas pelos tribunais de segunda instância e superiores, bem como a restituição dos autos aos juízes para início da execução, excede em muito o tempo da esfera administrativa;

h) O argumento baseado no fato de o interessado por vezes residir mais próximo de uma cidade que é sede de comarca do que de uma agência do INSS é essencialmente retórico; seja porque diferenças consideráveis só ocorrem em alguns estados da Primeira Região Federal; seja porque, mesmo nestes casos, a concessão de benefícios deve acontecer em até 45 dias após a apresentação da documentação pertinente (arts. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e 174 do Decreto nº 3.048/1999), de modo que a substituição da agência pelo juízo traria, para o segurado, mesmo nos raríssimos casos em que a distância fizesse diferença, desvantagens do ponto de vista do custo e do tempo.

6.4 As possíveis conseqüências da ausência de prévio requerimento administrativo

A partir das respostas dadas pelos cem juízes federais à pesquisa, MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA compilou diversas soluções adotadas diante da verificação de inoportunidade de prévia postulação administrativa.³¹⁵

Alguns juízes disseram que, apesar de entenderem imprescindível em regra o requerimento prévio à Administração, se inexistente, não extinguem o processo; optam por

³¹⁵ SOUZA, op. cit, pp. 72-75.

avaliar o caso concreto, *intimando a parte autora* (principalmente nos Juizados Especiais, quando o autor não se faz representar por advogado) para esclarecer (por escrito ou pessoalmente) por qual motivo não houve protocolo administrativo.

Houve opiniões no sentido de que, se não apresentada justificativa razoável, ainda assim a solução adequada seria a *suspensão do processo*, determinando à parte autora que protocolize o requerimento e dê prosseguimento ao processo apenas em caso de indeferimento (ou demora excessiva).

A opinião amplamente majoritária é de que, se não houver (a) prova do indeferimento administrativo (ou de tempo excessivo desde a data do protocolo sem resposta), (b) narração detalhada da recusa, por parte da Administração Pública, de receber o protocolo do requerimento administrativo (órgão, dia, horário, nome do servidor), ou (c) argumentos sólidos para justificar a excepcional dispensa de prévio requerimento, a consequência natural, por falta de interesse processual de agir, há de ser o *indeferimento da petição inicial*, extinguindo o processo sem julgamento do mérito.

Em havendo narração de recusa quanto ao recebimento do requerimento na via administrativa, alguns juízes ouvem o demandante pessoalmente, bem como outras pessoas que o acompanharam no anterior percurso ao órgão público, para, uma vez confirmado o relato da recusa, dar prosseguimento ao processo e determinar ao Ministério Público que aprecie outras consequências (de ordem administrativa e penal) da conduta do servidor. Uma vez confirmada a recusa ao recebimento do requerimento administrativo, três podem ser as consequências, conforme o entendimento dos magistrados: (a) citação do réu para contestar, sendo objeto do julgamento o deferimento ou não do bem da vida que o administrado pretendia no requerimento recusado,³¹⁶ (b) citação do réu para compeli-lo a receber a petição inicial e os documentos que a instruem como requerimento administrativo, a ser processado no prazo legal,^{317 318} ou (c) intimação do réu para cobrar explicações e instá-lo ao recebimento

³¹⁶ PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRESCINDIBILIDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO AFASTADA.

1. A jurisprudência assentada no âmbito de ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte inclina-se no sentido de não condicionar a propositura da ação previdenciária à exigência de prévio requerimento administrativo.

2. Não pode o autor ser considerado carecedor de ação por falta de prévio requerimento administrativo, mormente na hipótese de ter-lhe sido negado o direito ao protocolo do pleito no posto de atendimento do Instituto Previdenciário.

3. Recurso especial provido.

(STJ, 5ª Turma, REsp 1.105.773, Relator Ministro JORGE MUSSI, julgado em 06/10/2009, publicado no DJe de 26/10/2009)

³¹⁷ “Diante desse quadro, a negativa do INSS ou seus prepostos em receber o requerimento administrativo do benefício é, por si só, fato que justifica o interesse de agir em juízo. Importa ressaltar que, em se tratando de pedido de concessão, o interesse processual ora reconhecido é limitado ao normal processamento do

do requerimento e dos documentos que o instruem, comunicando a resposta no prazo legal (sem prejuízo da possibilidade de intimar o administrado a prestar informações na via administrativa, apresentar provas, ou de realizar diligências e pesquisa de campo); se indeferido o requerimento, o autor teria a oportunidade de se manifestar sobre os fatos novos e, a partir daí, o réu seria citado para contestar o mérito.³¹⁹

No caso de haver requerimento administrativo não respondido em tempo razoável, também há divergência de opinião quanto às conseqüências: (a) citação do réu para contestar, sendo objeto do julgamento o deferimento ou não do bem da vida que o administrado pretendia no requerimento não apreciado tempestivamente, ou (b) citação do réu para compeli-lo a concluir imediatamente a apreciação fundamentada do requerimento administrativo (sem prejuízo de o juiz deferir antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional quando o bem requerido tiver caráter alimentar ou for urgente sua obtenção).

Infelizmente não são raros os casos em que requerimentos administrativos são indeferidos sem fundamentação alguma, ou sem fundamentação minimamente suficiente, e inequivocamente isto caracteriza o interesse processual de agir. No entanto, sem prejuízo do deferimento de tutela de urgência, o juiz está autorizado a impor à Administração que, incidentalmente ao processo judicial, reabra o processo administrativo para melhor apreciação e fundamentação – sendo significativo o número de casos em que o réu revê sua posição e profere nova decisão em favor do administrado.

Há juízes que entendem que a ausência de prévio requerimento administrativo não poderia implicar o indeferimento da petição inicial, razão pela qual determinam a citação do réu para que apresente resposta (que, em tese, poderia ser petição de reconhecimento do

requerimento administrativo, sem qualquer substituição à atuação da autoridade administrativa. Com efeito, a eficácia do provimento jurisdicional seria mandamental, no sentido de se determinar à autoridade que providencie o encaminhamento adequado à formulação de concessão, de acordo com a legislação aplicável.” BIGOLIN, op. cit., item 3.3.

³¹⁸ “Em certos casos, como é a hipótese dos autos, a parte requerente alega que tentou protocolar o pedido administrativo junto ao INSS, mas a autarquia previdenciária, verbalmente, no balcão, indeferiu de plano o pedido, negando-se peremptoriamente a protocolar o requerimento. Nesses casos, eu vinha entendendo que a “recusa, pelo INSS ou seus prepostos, de receber o requerimento administrativo do benefício é, por si só, fato que justifica o interesse de agir em juízo” (TRF 4a Região, AC 94.04.40632-5/RS, Quinta Turma, rel. JUIZ TEORI ALBINO ZAVASCKI). No entanto, revi meu posicionamento, pois, nesses casos, a parte deve se insurgir contra a recusa do INSS (ingressando, por exemplo, com um mandado de segurança) e não postular o mesmo pedido diretamente na via judicial. É que o servidor do INSS, ao não protocolar o pedido, está agindo ilegalmente, em desobediência ao art. 105, da Lei 8.213/91 (“a apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento do benefício”).” LIMA, op. cit.

³¹⁹ Nos três casos, o juiz não está impedido, a nosso ver, de deferir tutela de urgência, principalmente em se tratando de direitos de natureza alimentar ou de qualquer outra providência cuja necessidade de obtenção seja urgente.

pedido ou proposta de acordo) – até porque os advogados públicos estão autorizados a requerer a suspensão do processo para análise administrativa do requerimento.³²⁰ Somente se o réu argüisse a preliminar de ausência de interesse de agir o processo poderia ser extinto sem julgamento de mérito e, mesmo assim, para alguns, apenas se a contestação não impugnar o pedido em seu mérito (se impugnado o mérito, estaria caracterizada a resistência à pretensão e, portanto, configurado o interesse de agir).

³²⁰ PORTARIA AGU Nº 109, DE 30 DE JANEIRO DE 2007:

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o art. 2º do Decreto nº 4.250, de 27 de maio de 2002, considerando a necessidade de orientar a atuação dos órgãos da Advocacia-Geral da União e dos órgãos jurídicos a ela vinculados, nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais, de que trata a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001,

resolve:

[...]

Art. 3º A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando:

I – houver erro administrativo reconhecido pela autoridade competente ou, quando verificável pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, pelo advogado ou procurador que atua no feito, mediante motivação adequada; e II – inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado.

[...]

§ 5º Na ausência de prévio requerimento administrativo objetivando a concessão de benefícios previdenciários ou outros direitos, o advogado ou procurador poderá solicitar ao juízo a suspensão da ação pelo prazo necessário para a administração analisar o pedido, o qual, se deferido, deve ser comunicado ao Poder Judiciário.

7 NOVAS PERSPECTIVAS PARA A QUESTÃO DO PRÉVIO REQUERIMENTO

7.1 Reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário 631.240

Oportunidade ímpar de o Supremo Tribunal Federal retomar a discussão sobre a (im)prescindibilidade do prévio requerimento administrativo surgiu quando, por decisão recente do final de 2010, reconheceu a ocorrência de repercussão geral no Recurso Extraordinário 631.240,³²¹ cujo conteúdo se passa a expor.³²²

A autora MARLENE DE ARAÚJO SANTOS ajuizou, em setembro de 2008, ação com pedido de aposentadoria rural por idade em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS) junto à 1ª Vara Cível de Teófilo Otoni/MG.

Ato contínuo, sobreveio sentença que indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo sem julgamento do mérito, nos seguintes termos:

Conforme se extrai da inicial, o autor não formulou sua pretensão junto ao INSS. Filio-me à corrente segundo a qual o princípio da inafastabilidade da jurisdição, abrigado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e o de que a parte não é obrigada a exaurir - frise-se, exaurir - a via administrativa para ingressar em juízo não eximem o interessado de comprovar a existência de uma pretensão resistida e de que a ação judicial é o único meio capaz de dirimi-la, sob pena de manifesta carência de ação, por ausência de interesse de agir.

Data maxima venia, o entendimento contrário importa em atribuir ao Poder Judiciário uma função que não é sua, qual seja, a administrativa. Se a parte autora não faz qualquer requerimento administrativo, não há como se admitir a existência de uma lide, *data maxima venia*, já que a parte contrária sequer se manifestou sobre sua pretensão.

Neste sentido a Súmula 2 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Sergipe:

“É carente de ação o segurado que ingressa em juízo com ação objetivando a concessão de benefício de aposentadoria, sem, antes, ter formulado tal pretensão na via administrativa”.

³²¹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIA POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO CONDIÇÃO DE POSTULAÇÃO JUDICIAL RELATIVA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EXISTÊNCIA. Está caracterizada a repercussão geral da controvérsia acerca da existência de prévia postulação perante a administração para defesa de direito ligado à concessão ou revisão de benefício previdenciário como condição para busca de tutela jurisdicional de idêntico direito.

(STF, Pleno, RE 631.240 RG, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, decidido em 09/12/2010, publicado no DJe-072 de 14/04/2011)

³²² O inteiro teor do recurso, com todas as peças do processo, está disponível para consulta no item “acompanhamento processual”, inserindo-se o número do RE e clicando em “ver peças eletrônicas”, podendo ser acessado diretamente pelo link <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3966199>>.

A autora interpôs a Apelação Cível 2008.01.99.058977-3/MG, à qual a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento, tendo por Relator o Desembargador Federal ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, em acórdão que acolheu, de forma objetiva, o precedente uniformizador firmado pela Primeira Seção no julgamento dos Embargos Infringentes 1999.01.00.090074-6/MG,³²³ ³²⁴ alinhado à jurisprudência da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmada, dentre outros, no julgamento dos Recursos Especiais 232.260,³²⁵ 175.437³²⁶ e 201.656.³²⁷

³²³ PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS INFRINGENTES – PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA DE TRABALHADOR RURAL – PRÉVIA PROVOCAÇÃO DA VIA ADMINISTRATIVA – DESNECESSIDADE – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a propositura de ação previdenciária prescinde do anterior exaurimento da via administrativa.
2. "O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária" (Súmula 213 – TFR).
3. Embargos infringentes aos quais se nega provimento.
(TRF da 1ª Região, 1ª Seção, por maioria, Relator Desembargador Federal JOSÉ AMILCAR MACHADO, publicado no DJ de 24/11/2003)

³²⁴ Como conseqüência do desprovimento dos Embargos Infringentes, prevaleceu a tese consagrada no acórdão embargado, que tinha a seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – APOSENTADORIA RURAL POR IDADE – AUSÊNCIA DE PRÉVIA POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA DO BENEFÍCIO – CARÊNCIA DE AÇÃO: FALTA DE INTERESSE DE AGIR (CPC, ART. 267, IV e VI) – INEXISTÊNCIA – APELAÇÃO PROVIDA.

1. Inadmissível a exigência de prévia utilização da sede administrativa como condição para a propositura de ação de natureza previdenciária por trabalhador urbano/rural, por isso que, como que de comum sabença, o INSS sempre resiste à pretensão autoral, inclusive, na maioria das vezes, com a recusa verbal em receber a documentação necessária à instrução do processo administrativo, e exigir-se, nestas circunstâncias, tal condição, consiste em negar vigência ao princípio constitucional do livre acesso ao Judiciário insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição.
2. Tal prova, que no caso não parece de essência, é oportunizada na fase instrutória, se de absoluta imprescindibilidade.
3. Apelação provida.
4. Autos recebidos no Gabinete em 05/02/2001 para lavratura do acórdão. Peças liberadas pelo Relator em 19/02/2001 para a publicação do acórdão.
(TRF da 1ª Região, 1ª Turma, AC 199901000900746, por maioria, Relator Desembargador Federal ALOISIO PALMEIRA LIMA, Relator p/ Acórdão Desembargador Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL, publicado no DJ de 12/03/2001)

³²⁵ PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. Desnecessária a prévia postulação administrativa para buscar reconhecimento judicial de benefício previdenciário.
2. Precedentes.
3. Recurso não conhecido.
(STJ, 5ª Turma, REsp 232260, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, publicado no DJ de 08/03/2000)

³²⁶ PREVIDENCIÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA – TEMPO DE SERVIÇO – AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – DESNECESSIDADE.

- A prévia postulação administrativa não é condição para propositura de ação de natureza previdenciária.
- A ação declaratória é via processual adequada para reconhecimento de tempo de serviço rural, com vistas à obtenção de benefício previdenciário.
- Recurso não conhecido.
(STJ, 5ª Turma, REsp 175.437, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, publicado no DJ de 13/09/1999)

As razões do precedente firmado em sede de Embargos Infringentes constam do voto do Desembargador Federal JOSÉ AMILCAR MACHADO:

Como sabido na 1ª Seção, havia jurisprudência divergente, nos âmbitos das duas Turmas, sobre se o fato de não existir por parte do segurado prévia provocação da instância administrativa, seria suficiente para configurar a situação processual da falta de interesse de agir que, por conseqüência, levaria à carência de ação.

Anoto, em princípio, que sempre mantive o entendimento de que a prévia provocação da instância administrativa pelo segurado, não é condição a este oponível para propor ação judicial. Isso porque, conforme a correta dicção do voto-condutor, a admitir-se tal premissa como condição de ação, por, no particular, só desse fato exsurgir o interesse de agir para o segurado, implicaria transgressão ao preceito constitucional da livre acessibilidade ao Poder Judiciário. Como se isso não bastasse, o juiz, ao indeferir de plano o pleito do autor, só estaria demonstrando desconhecer a prática iterativa do Instituto requerido, em procrastinar o pedido administrativo de humildes segurados, criando empecos de todos os modos, retardando a entrega de direitos e deixando beneficiários à mercê de entraves burocráticos que inviabilizam a concreção dos seus direitos previdenciários. Não pode o Judiciário, no ponto, simplesmente convalidar situação de fato dessa natureza, criando para aquele que legitimamente exerce seu direito constitucional de petição, burocracia processual formalista e indesejável em tema previdenciário, que deve ser analisado na dimensão social e humana em que se insere.

O INSS opôs embargos de declaração – para prequestionar a violação ao princípio da separação dos Poderes e a interpretação conferida ao art. 5º, XXXV, da Constituição da República –, aos quais o tribunal negou provimento. Seguiu-se a interposição de Recurso Especial e de Recurso Extraordinário pelo INSS, ambos não admitidos na origem. O INSS interpôs o Agravo de Instrumento 804.406 para o Supremo Tribunal Federal, o qual, por despacho do Relator, Ministro JOAQUIM BARBOSA, foi convertido no Recurso Extraordinário 631.240, na forma do art. 544, § 3º e § 4º, do Código de Processo Civil.

Ao manifestar-se favoravelmente ao reconhecimento da existência de repercussão geral, o Relator, registrando a orientação atual da Corte Constitucional pela dispensabilidade do prévio requerimento administrativo, e registrando também as observações do INSS a respeito das desvantagens do acesso imediato à via judiciária pelos segurados (pagamento de honorários advocatícios, custas processuais, tempo de espera maior da concessão judicial do benefício e do pagamento, caso devido, dos valores atrasados), considerou que

a solução da controvérsia poderá ser beneficiada por debate mais amplo e profundo, no seio do Pleno desta Corte. Em especial, é possível que o reconhecimento da repercussão geral da matéria também abra a pluralização do debate, com a

³²⁷ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. INGRESSO NA VIA ADMINISTRATIVA.

– O prévio ingresso na via administrativa não pode servir de condição para a propositura da ação, onde se pleiteia o reconhecimento da condição de trabalhador rural.

– A ação declaratória é cabível para efeitos de comprovação de tempo de serviço rural.

– Recurso especial não conhecido.

(STJ, 5ª Turma, REsp 201.656, Relator Ministro FELIX FISCHER, publicado no DJ de 07/06/1999)

participação da sociedade civil e de entidades com conhecimento técnico útil ao deslinde do litígio.

Por oportuno, lembro que o resgate da importância e da responsabilidade dos órgãos estatais pela condução da atividade administrativa, no campo previdenciário e tributário tem ocupado a pauta da sociedade civil (cf., e.g., notícia veiculada no Diário do Comércio e Indústria de 25.10.2010, de autoria de Sílvia Pimentel, intitulada “Mudança da relação fiscal”).³²⁸

O Ministro MARCO AURÉLIO manifestou-se por escrito em singelo parágrafo, no qual diz que é questão de interesse da sociedade em geral “definir se a Carta de 1988, tal como a anterior, remete ou não ao legislador comum a possibilidade de exigir, para o ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa”; o Supremo Tribunal Federal deverá “assentar se a previsão constitucional quanto à Justiça do Trabalho e a Desportiva esgotam a fase pré-judiciária”. Manifestaram-se, ainda, pela existência de repercussão geral os Ministros AYRES BRITTO, GILMAR MENDES e DIAS TOFFOLI, e, contrariamente, o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Não se manifestaram os Ministros CEZAR PELUSO, CELSO DE MELLO, CÁRMEN LÚCIA e ELLEN GRACIE.

7.2 As novas luzes decorrentes do debate diário da questão nos Juizados Especiais

É nos Juizados Especiais Federais criados pela Lei nº 10.259/2001 que o tema do prévio requerimento administrativo tornou a ser intensamente debatido, já que, diante da competência estabelecida para julgar causas cujo valor não exceda sessenta salários mínimos, quase todas as demandas previdenciárias do regime geral³²⁹ (e muitas dos regimes próprios dos servidores e dos militares) e outras tantas de natureza tributária estão sujeitas ao rito sumaríssimo: o que parecia acomodado nos Tribunais Superiores tornou a entrar em ebulição.

No âmbito da Justiça Estadual, a recente criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública pela Lei nº 12.153/2009 apenas servirá para que, à medida que tais órgãos sejam implementados, outros pedidos de condenação da Administração Pública à concessão de

³²⁸ Esta decisão está disponível para consulta no item “pesquisa de jurisprudência”, inserindo-se o número do RE e clicando em “inteiro teor”, podendo ser acessado diretamente pelo link <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622055>>.

³²⁹ Excluídas aquelas cujo valor da causa exceda 60 salários mínimos (art. 3º da Lei nº 10.259/2001) e aquelas processadas nas Justiças dos Estados por força da autorização constante do art. 109, § 3º, da Constituição da República.

prestações que dependeriam de prévio requerimento levem à ampliação da discussão sobre a imprescindibilidade deste para caracterização do interesse de agir.³³⁰

A dispensa do recolhimento de custas, a ausência, em regra, do risco de condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, e a desnecessidade de representação por advogado fizeram com que o acesso direto ao Poder Judiciário tenha se tornado amplo e quase irrestrito. Disto decorre a necessidade de, sem sacrificar a facilitação de acesso que a Lei nº 9.099/1995 inaugurou (e que as Leis nº 10.259/2001 e 12.153/2009 ampliaram) em favor de pessoas que, muitas vezes, precisariam apenas de orientação adequada,³³¹ redimensionar o rigor dos filtros processuais, sob pena de levar o sistema como um todo ao colapso.

Há orientações absolutamente contrárias à exigência de prévio requerimento administrativo, como aquela firmada pelas Turmas Recursais do Distrito Federal³³² e de Minas Gerais,³³³ bem como há entendimentos – como na Turma Recursal de Sergipe –

³³⁰ O art. 2º da Lei nº 12.153/2009 é em tudo semelhante ao art. 3º da Lei nº 10.259/2001, com uma diferença que faz com que a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública seja significativamente mais ampla que a dos Juizados Especiais Federais. É que, enquanto na competência destes estão excluídas as causas “para anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal” (art. 3º, § 1º, III, da Lei nº 10.259/2001), naqueles não há tal exclusão, ampliando o leque de atos administrativos das Fazendas Públicas Estaduais e Municipais que podem ser questionados no rito sumaríssimo. No entanto, isto não é relevante para a discussão a respeito da importância do prévio requerimento, já que os pedidos de ANULAÇÃO partem da premissa da ilegalidade de atos já praticados: nestes casos, já há (ao menos a alegação de) lesão a direito, daí porque é incontroverso que o acesso ao Judiciário pode ser imediato.

³³¹ MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA (op. cit., pp. 41-42) registra que, em 2002, o Juízo distribuidor dos Juizados Especiais Federais da capital do Estado do Rio de Janeiro editou a Portaria JD nº 007/2002, estabelecendo, por ato administrativo, no art.1º, § 2º, que as causas cujo objeto seja a concessão de benefícios de natureza previdenciária, estatutária ou assistencial, as sobre cumulação de benefícios de ex-combatente, bem como as de levantamento do saldo de FGTS ou PIS, inclusive, devem ser precedidas de pedido administrativo, cuja formulação tenha se dado há pelo menos trinta dias. Determina, ainda, que caso o interessado afirme não ter conseguido sequer protocolizar o requerimento administrativo, caberá à Distribuição encaminhá-lo ao órgão responsável pela apreciação deste (ou à Defensoria Pública da União), como também orientá-lo sobre os procedimentos necessários à formulação dos pedidos. Antes disso, a petição inicial não será distribuída. Se persistir a recusa – caracterizada com o decurso de dez dias do ofício de encaminhamento acompanhado da declaração do interessado de que tentou infrutiferamente protocolizá-lo –, a Portaria autoriza seja distribuída a petição inicial, bem como autoriza o Juiz Distribuir a encaminhar os documentos comprobatórios da recusa aos órgãos de chefia dos entes-réus e ao Ministério Público Federal. A autora afirma a importância da previsão expressa de medidas de apoio e orientação ao jurisdicionado (encaminhamento aos órgãos administrativos responsáveis e/ou à Defensoria Pública), bem como o caráter pedagógico de comunicar à Administração e ao MPF a recusa de atendimento, mas nada disso altera a ausência de fundamento legal para recusar a distribuição do processo.

³³² Súmula 21 da Turma Recursal do Distrito Federal: “O prévio exaurimento da via administrativa não constitui condição para o ajuizamento de ação destinada à obtenção de benefício previdenciário”.

³³³ Súmula 29 das Turmas Recursais de Minas Gerais: “É desnecessário o prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de demanda na qual se pleiteia a concessão de benefício previdenciário ou assistencial”.

favoráveis à exigibilidade como regra geral.³³⁴ A tese que vem ganhando espaço – com amparo da jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização – é a que retoma o ponto de equilíbrio entre a garantia de amplo acesso ao Poder Judiciário e os argumentos de bom senso que foram esposados pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 78.806.³³⁵ longe de serem antidemocráticos ou restritivos de alguma garantia, apenas visam evitar que juízes tenham de exercer atividade própria do Poder Executivo e que o Judiciário sucumba diante de uma enxurrada de processos desnecessários. Estabelece-se como regra a exigência do prévio requerimento, admitindo o acesso direto à via judicial nos casos em que já houve lesão a direito do administrado (ou esgotamento do prazo para resposta sem apreciação do requerimento), e nos casos em que for notório que os critérios de decisão da Administração necessariamente implicarão rejeição da pretensão de direito material.³³⁶

Por força do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 10.259/2001, aplicável subsidiariamente ao rito da Lei nº 12.153/2009,³³⁷ os Juizados Especiais Federais e os Juizados Especiais da Fazenda Pública estão autorizados a atuar fora de sua sede, em caso de necessidade de seu deslocamento para atingir jurisdicionados que moram em locais desprovidos de órgão judiciário próximo. A partir de estudo a respeito dos Juizados Federais Itinerantes em Tapauá e Beruri, no Amazonas, no ano de 2006, MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA sustenta a flexibilização da exigência processual para caracterização do interesse de agir, pois “a questão da exigência do prévio requerimento administrativo como condição para o ingresso em Juízo contra a Administração não pode desbordar de uma análise da razoabilidade do pressuposto processual à vista do caso concreto e tendo em conta a realidade brasileira”, considerando que.³³⁸

³³⁴ Súmula 2 da Turma Recursal de Sergipe: “É carente de ação o segurado que ingressa em juízo com ação objetivando a concessão de benefício de aposentadoria, sem, antes, ter formulado tal pretensão na via administrativa”.

³³⁵ Ementa do acórdão transcrita no item 5.2.2.

³³⁶ Súmula 2 das Turmas Recursais do Rio Grande do Sul: “Tratando-se de concessão de prestações previdenciárias, é imprescindível o prévio requerimento administrativo, que deve ser comprovado pela Carta de Indeferimento ou pelo protocolo fornecido pela Administração (no caso de demora injustificável). No caso de cancelamento de prestações previdenciárias, ou de ações de reajustamento, o exame das questões ventiladas prescinde da via administrativa.”

³³⁷ Consoante regra do art. 27 da Lei nº 12.153/2009, conclusão expressamente ratificada pelo § 4º do art. 20 do Provimento CNJ nº 7/2010, que prevê Juizados Especiais da Fazenda Pública Itinerantes.

³³⁸ SOUZA, Maria Lúcia Gomes de. *O prévio requerimento administrativo como condição para o ajuizamento da ação contra o poder público sob a perspectiva do direito fundamental de acesso à justiça*. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Público da Universidade Federal Fluminense em convênio com o Conselho da Justiça Federal. Manaus: 2007, não publicada, capítulo 3.

- (i) No Amazonas, o acesso a certas cidades é difícil e caro,³³⁹ existindo lugares (a) distantes mais de duas horas de vôo da capital, a preços elevados, ou (b) acessíveis apenas por transporte fluvial.³⁴⁰
- (ii) Beruri não tinha instituição bancária nem agência da Previdência Social (a agência mais próxima ficava em Manacapuru, distante cerca de 10 horas de barco), o único ponto de acesso à internet ficava na Prefeitura, e a divulgação do evento foi efetuada por aviso na “voz” (alto-falante), por não haver na cidade qualquer emissora de rádio; Tapauá também não tinha banco nem posto previdenciário, e o acesso à internet era possível apenas em instituições públicas e em um único *cyber café*.
- (iii) Grande parte da população de Beruri e Tapauá era pobre, metade dos adultos era analfabeta, e o índice de desenvolvimento humano situava-se entre os menores do Estado e do país: “Os jurisdicionados que habitam os ditos municípios enfrentam obstáculos de dimensões quase intransponíveis para a realização de seus direitos, empecilhos estes de natureza histórica, cultural, geográfica, econômica e social”.
- (iv) A quase totalidade dos processos ajuizados no Juizado Itinerante versava matéria previdenciária, mais especificamente concessão de benefícios e alguns poucos casos de restabelecimento (nenhum de revisão de valor de benefícios).
- (v) Foi significativo (superior a 10%) o número de audiências não realizadas, principalmente em razão das dificuldades de deslocamento, e a maior parte dos processos ensejou conciliações, “o que, se por um lado pode levar a questionar a utilidade/necessidade da intervenção jurisdicional, por outro lado pode ensejar o raciocínio de que somente com a atuação do Poder Judiciário pôde-se promover os acordos, mormente quando se sabe que os servidores da autarquia previdenciária, às vezes, ficam receosos de deferir administrativamente benefícios previdenciários fora dos rígidos padrões fixados internamente, em virtude de estarem sujeitos a sérias conseqüências administrativas, inclusive perante o Tribunal de Contas.”
- (vi) A boa-fé foi prestigiada, admitindo-se a simples declaração do autor na petição inicial de que teve seu requerimento administrativo rejeitado ou recusado verbalmente, pois mais de 90% das demandas apreciadas não tinha prova documental da recusa, sendo que o principal motivo alegado para a rejeição/recusa era a ausência de prova

³³⁹ Tais localidades não são dispõem sequer dos serviços dos Correios.

³⁴⁰ Em razão da grande bacia hidrográfica e da dificuldade de construção e manutenção de estradas em face da alta pluviosidade e da vegetação florestal.

documental da qualidade de agricultor, “o que evidencia um outro problema muito maior dos ribeirinhos, quiçá de todos os trabalhadores rurais no Brasil, que são as dificuldades de acesso aos documentos”, até porque “muitas vezes estas pessoas sequer possuem os documentos básicos de identificação, que dizer aqueles pertinentes à atividade profissional desempenhada há anos”.

(vii) O fato de a quase totalidade das demandas não haver sido precedida de prévia apreciação pela Administração Pública não representou empecilho para o “elevado número de conciliações efetuadas, somado às sentenças procedentes, a indicar que os segurados realmente tinham direito aos benefícios”, de modo que tais Juizados Itinerantes constituiriam “o início da formação no Brasil de uma cultura direcionada a uma atitude cooperativa e harmônica por parte da Administração”.

E conclui:

Deve-se refletir, portanto, que, se em uma visão acentuadamente teórica se possa questionar a possível substituição da Administração pelo Poder Judiciário ou a necessidade/utilidade da intervenção judicial para viabilização de direitos que poderiam ser regularmente satisfeitos na via administrativa, na prática tudo indica ser pouco provável que tais segurados alcançassem o resultado buscado, dentro daquele espaço de tempo, sem a provocação dos órgãos judiciários, como, aliás, efetivamente ocorreu.

Não discordamos da opinião de que situações peculiares justificam soluções diferenciadas. É claro que pessoas que, no dia-a-dia, estão à margem do Estado e do Direito precisam de um serviço itinerante, precisam de que o Estado vá até elas. Mas por que fazer com que o Estado-Juiz – ou só o Estado-Juiz – seja itinerante? Será que, do mesmo modo como se autorizou e concretizou a experiência dos Juizados Itinerantes – a agigantar e encarecer a estrutura do Poder Judiciário – o Poder Público não deveria se esforçar para criar postos itinerantes do INSS e da Receita Federal? Enquanto isto não ocorre, enquanto o Poder Executivo não chama a si o papel de promotor ativo de direitos, cremos que as críticas à atuação imediata do Poder Judiciário³⁴¹ devam ser atenuadas, não sem reconhecer a inversão de valores decorrente de uma Administração inerte e de um Judiciário proativo.

³⁴¹ “Em muitos locais do Brasil, principalmente no interior, apesar de disfarçada sob o argumento de impossibilidade de negativa da jurisdição, a inexigibilidade de prévio requerimento administrativo demonstra claramente a natureza assistencialista da jurisdição previdenciária. Essa inexigibilidade demonstra não apenas a intenção de conceder benefícios jamais analisados por quem de direito, de acordo com o entendimento do Magistrado e não da Autarquia, mas também o desprestígio do INSS, de sua legislação e de seus servidores perante o Poder Judiciário.

[...]

Rapidamente, apenas para fins de provocação e meditação, o que parece ao leitor quando o Poder Judiciário oferece seus serviços ativamente, nas comunidades carentes, para fins de obtenção de novas demandas em face do INSS que tramitem nos chamados mutirões? Não seria mais coerente, ainda que o desejo seja de participar do movimento, resolver processos já ajuizados voluntariamente pelos interessados? Esse fomento para que litiguem

Pode-se dizer que, em linhas gerais, o debate sobre as soluções para racionalizar o acesso ao Judiciário – evitando o processamento de milhares de processos que poderiam ser resolvidos pela Administração, sem contudo alijar os administrados da garantia de amplo acesso – lança novas luzes sobre a questão, sintetizadas nos Enunciados 77 a 80 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais.

O Enunciado 77 (“O ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo.”) estabelece a exigibilidade, como regra, do prévio requerimento para aquelas prestações que só podem ser deferidas pela Administração Pública mediante provocação do interessado. Complementando-o, o Enunciado 78 (“O ajuizamento da ação revisional de benefício da seguridade social que não envolva matéria de fato dispensa o prévio requerimento administrativo.”) deixa claro que a prévia postulação é prescindível para a revisão do valor de benefícios – salvo quando demandar análise de matéria de fato –, orientação que se estende à impugnação de qualquer ato que deveria haver sido praticado de ofício pelo administrador.

O Enunciado 79 (“A comprovação de denúncia da negativa de protocolo de pedido de concessão de benefício, feita perante a ouvidoria da Previdência Social, supre a exigência de comprovação de prévio requerimento administrativo nas ações de benefícios da seguridade social.”) reputa caracterizado o interesse de agir em juízo nos casos em que a Administração Pública se recusa a protocolizar o requerimento do administrado, desde que tal recusa seja comprovada e desde que o administrado tenha se insurgido contra tal ilegalidade.³⁴²

Por fim, o Enunciado 80 (“Em juizados itinerantes, pode ser flexibilizada a exigência de prévio requerimento administrativo, consideradas as peculiaridades da região atendida.”) visa contemplar as localidades de difícil acesso, ou em que não há a presença da Administração Pública, permitindo, caso a caso, a relativização da exigência de postulação administrativa prévia.

judicialmente não soa bem. Mais ainda, qual a impressão do leitor ao saber que tais mutirões são televisionados e desrespeitam sequer o prazo processual de defesa da Autarquia? Evidentemente, a propaganda do Judiciário está recebendo mais importância que o interesse público, os valores estão invertidos.” KAUSS, Lais Fraga. “Prepostos do INSS nos juizados especiais federais”, Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2527, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14965/prepostos-do-inss-nos-juizados-especiais-federais>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

³⁴² Como visto no item 4.5, é norma geral (art. 5º do Decreto nº 6.932/2009), reiterada especificamente nas regras do processo previdenciário (art. 105 da Lei nº 8.213/1991 e art. 576 da Instrução Normativa nº 45/2010), que a Administração Pública não pode recusar o protocolo de requerimento algum, ainda que insuficientemente instruído ou que manifestamente improcedente o pedido.

Na mesma linha das conclusões do FONAJEF, o Enunciado 16 da Defensoria Pública da União diz que “Não deve ser exigido o prévio requerimento administrativo para a propositura de ações revisionais, bem como para a propositura de ações concessórias nas localidades onde não exista agência da previdência social”,³⁴³ admitindo, a *contrario sensu*, a importância de levar a pretensão ao conhecimento da Administração Pública antes de buscar a via judicial nos casos em que o assistido pretende a concessão de uma prestação sujeita a requerimento expresso.

Ainda que seja escassa a produção doutrinária enfrentando o tema da necessidade de prévio requerimento de forma específica, convém referir a síntese das conclusões a que chegam dois autores que se dedicaram ao assunto, convergindo na mesma direção dos Enunciados do FONAJEF.

GIOVANI BIGOLIN defende que (i) o “monopólio da jurisdição outorgado pela Constituição ao Poder Judiciário não permite a completa anulação do princípio da separação dos poderes”, então “não podemos imaginar uma solução que suprima definitivamente a função administrativa de concessão dos benefícios previdenciários”, (ii) “não interessa ao Estado de Direito que o Poder Judiciário seja posto na condição de substituto do administrador anulando sua condição de órgão supraordenado ao conflito”, (iii) “se o direito ao benefício previdenciário é um direito subjetivo de natureza patrimonial e disponível, [...] sem a provocação do beneficiário, o Poder Público não pode lhe satisfazer o interesse, deferindo-lhe a prestação cabível”, (iv) “se ao interessado cabe a sujeição ao procedimento administrativo, sua tramitação não pode ser infundável e deve guardar proporção razoável, [...] não pode haver recusa do protocolo do requerimento administrativo de concessão do benefício previdenciário”, e (v) “o reajustamento das prestações dos benefícios é medida decorrente de mandamentos constitucionais e legais e é independente da iniciativa do segurado, cabe ao agente estatal a iniciativa e autoridade própria para a sua implementação”, sendo facultativa a via administrativa em matéria de reajustes.³⁴⁴

Sem discordar em essência da posição de BIGOLIN, MARIA LUCIA GOMES DE SOUZA acrescenta relevantes ponderações, tendo em vista a disparidade social e econômica das diversas regiões do Brasil:

³⁴³ Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=77&Itemid=71>.

³⁴⁴ BIGOLIN, Giovani. “O requerimento administrativo e o controle judicial dos benefícios previdenciários”, in ROCHA, Daniel Machado da (Coordenador). *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, item 4.

Um enfoque exclusivamente voltado para o Direito Constitucional, sem tratar das questões processuais enfrentadas no dia-a-dia, muitas vezes não fornece respostas adequadas às situações vivenciadas na realidade. Uma concepção irrestrita do direito de acesso à justiça pode resultar em um sem número de demandas desnecessárias a assoberbar o aparelho judiciário e prejudicar a solução dos casos em que a intervenção jurisdicional é realmente indispensável.

Por seu turno, pensar apenas utilizando-se da técnica processual, destituída de sensibilidade e humanismo, como também da consciência da importância da via jurisdicional para tutela dos direitos, pode redundar em flagrantes injustiças. É preciso ter em mente, também, os resultados do sistema judiciário.

[...]

Por isso, não se pode esquecer do conflito humano que encerra cada feito, da história por detrás das peças processuais. No tempo da massificação dos processos, cabe lembrar não se tratar de meros papéis em questão, mas de vidas humanas. Isto porque não se pode descurar ser fundamento do sistema jurídico o princípio da dignidade humana. Por seu turno, sendo o acesso à justiça um direito fundamental, a finalidade da tutela jurisdicional deve corresponder às necessidades do jurisdicionado, que ocupa a posição central da prestação jurisdicional.

[...]

Deste modo, caberá ao operador do direito, diante do caso concreto, averiguar as condições fáticas e jurídicas que o envolvem, para examinar [*à luz do princípio da proporcionalidade*] se a restrição é adequada (compatível), necessária (indispensável para obtenção do resultado), desproporcional (excessiva) ou desarrazoada (destoante do bom senso ou desprovida de motivos plausíveis), bem como se não fulmina, na prática, o exercício do direito à proteção judiciária.

Esta linha de entendimento aplica-se à análise do cabimento da exigência da precedência da postulação administrativa para o ingresso em Juízo contra o Poder Público. Defende-se que somente a análise do caso concreto viabilizará o exame da compatibilidade da dita limitação com o direito de acesso à justiça.³⁴⁵

Logo, a evolução doutrinária e jurisprudencial, resultante do amadurecimento de debates travados diariamente, está a apontar em sentido contrário à orientação atual do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

7.3 Critérios para definir a (im)prescindibilidade de requerimento administrativo

A tutela jurisdicional deve ser efetiva, e só o será se for adequada, se entregar aos jurisdicionados no tempo devido a solução justa do conflito. Entendemos que o direito processual – inclusive o processo administrativo – não pode ser indiferente à natureza dos interesses em conflito, não sendo suficiente, portanto, a existência de um único procedimento

³⁴⁵ SOUZA, Maria Lúcia Gomes de. *O prévio requerimento administrativo como condição para o ajuizamento da ação contra o poder público sob a perspectiva do direito fundamental de acesso à justiça*. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Público da Universidade Federal Fluminense em convênio com o Conselho da Justiça Federal. Manaus: 2007, não publicada, capítulo 4.

e de uma única forma de tutela.³⁴⁶ Consoante lição de ANDREA PROTO PISANI, o direito material – no plano da efetividade, da juridicidade, não apenas da sua declaração no texto posto no papel – existe na medida em que o direito processual predisponha procedimentos, formas de tutelas jurisdicionais adequadas às específicas necessidades das particulares situações de vantagem afirmadas nas normas de direito material.^{347 348}

Com base não só no art. 3º do Código de Processo Civil, que exige das partes interesse processual de agir, mas em todas as normas que condicionam a fruição ou mesmo a constituição de direitos à prévia provocação, pelo administrado, da Administração Pública, e à apreciação desta, sustentamos que o procedimento judicial mais adequado aos processos em que se discutem estes direitos passa pela exigência de postulação prévia na via administrativa e do posterior ajuizamento de ação para questionar a decisão administrativa (ou a ausência de resposta no prazo legal). Deve-se permitir que os órgãos administrativos competentes possam exercer a função que foi acometida ao Poder Executivo. Quando o Poder Judiciário tiver de atuar, a petição inicial narrará não apenas uma alegação de direito como também um conflito estabelecido, com pontos controversos bem delimitados; isto permitirá uma tramitação mais objetiva e segura, a instrução processual se limitará a complementar a instrução feita no processo administrativo. O papel do Judiciário não é dispensar a observância do adequado procedimento administrativo e antecipar-se à decisão do administrador; o pronunciamento

³⁴⁶ ROCHA, Andréa Presas. “Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação)”, *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2497, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14788/principio-da-inafastabilidade-do-controle-jurisdicional-direito-de-acao>>.

³⁴⁷ “Perché sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio violata, non basta che a livello di diritto processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessario che il titolare della situazione di vantaggio violata (o di cui si minaccia la violazione) possa utilizzare un procedimento (o più procedimenti) strutturato in modo tale da potergli fornire una tutela effettiva e non meramente formale o astratta del suo diritto. Specificando, quindi, quanto detto poco fa, é possibile ora dire che il diritto sostanziale – sul piano della effettività, della giuridicità, non della sola declamazione contenuta nella carta stampata – esiste nella misura in cui il diritto processuale predispone procedimenti, forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni di tutela delle singole situazioni di vantaggio affermate dalle norme sostanziali.” PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1999, p. 6.

³⁴⁸ “O direito à *cognição adequada* à natureza da controvérsia faz parte, ao lado dos princípios do contraditório, da economia processual, da publicidade e de outros corolários, do conceito de ‘devido processo legal’, assegurado pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal. ‘Devido processo legal’ é, em síntese, processo com procedimento adequado à realização plena de todos esses valores e princípios. É através do *procedimento*, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do ‘devido processo legal’.” WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3.ed. São Paulo: Perfil, 2005, pp. 142-143.

judicial deve cumprir o papel de corrigir ilegalidades da decisão administrativa (substitutividade da jurisdição).

Há apenas algumas situações que, à luz do princípio da proporcionalidade, devem ficar isentas dessa exigência. A fim de evitar a disparidade de entendimentos, os critérios para tanto devem ser o mais objetivos possível, e deles se tratará adiante.

7.3.1 Exaurimento da via administrativa

Atualmente, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que, salvo na hipótese do art. 217, § 1º, da Constituição de 1988, por ausência de norma constitucional que repita o que constava do art. 153, § 4º, da Carta de 1967 (nos termos da Emenda nº 07/1977), não há como exigir-se do administrado o esgotamento das instâncias administrativas como condição para acessar o Poder Judiciário.^{349 350} Logo, uma vez que a Administração Pública tenha se manifestado contrariamente à pretensão formulada pelo administrado, está plenamente caracterizada a violação a direito (em tese) que justifica o interesse de socorrer-se imediatamente perante o Poder Judiciário.³⁵¹

³⁴⁹ “A CF de 1988 não repetiu a ressalva contida no texto revogado [art. 153, § 4º, segunda parte, da CF de 1969], de modo que não mais se permite, no sistema constitucional brasileiro, a denominada *jurisdição condicionada* ou *instância administrativa de curso forçado*. [...] Apenas quanto às ações relativas à disciplina e às competições esportivas é que o texto constitucional exige, na forma da lei, o esgotamento das instâncias da justiça desportiva (CF, art. 217, § 1º).” NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: RT, 2004, pp. 139-140.

³⁵⁰ Súmula 21 da Primeira Turma Recursal do Distrito Federal: “O prévio exaurimento da via administrativa não constitui condição para o ajuizamento de ação destinada à obtenção de benefício previdenciário”.

³⁵¹ Com a ressalva de que, ao buscar amparo junto ao Judiciário, a Administração Pública está, no entender do Supremo Tribunal Federal, autorizada a julgar prejudicado eventual recurso administrativo interposto contra crédito inscrito em dívida ativa (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980), ou em questão previdenciária (art. 126, § 3º, da Lei nº 8.213/1991), sob o fundamento de que seria contrária à economia processual a tramitação simultânea, em duas esferas distintas, da mesma questão (desde que haja perfeita identidade entre o recurso administrativo e a ação judicial):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL TRIBUTÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO DESTINADO À DISCUSSÃO DA VALIDADE DE DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO QUE TAMBÉM TENHA POR OBJETIVO DISCUTIR A VALIDADE DO MESMO CRÉDITO. ART. 38, PAR. ÚN., DA LEI 6.830/1980. O direito constitucional de petição e o princípio da legalidade não implicam a necessidade de esgotamento da via administrativa para discussão judicial da validade de crédito inscrito em Dívida Ativa da Fazenda Pública. É constitucional o art. 38, par. ún., da Lei 6.830/1980 (Lei da Execução Fiscal – LEF), que dispõe que “a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo [ações destinadas à discussão judicial da validade de crédito inscrito em dívida ativa] importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto”. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento. (STF, Pleno, RE 233.582, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator para Acórdão Ministro JOAQUIM BARBOSA, julgado em 16/08/2007, publicado no DJE-088 de 15/05/2008)

O art. 5º, I, da Lei nº 12.016/2009 (idêntico ao art. 5º, I, da Lei nº 1.533/1951) não autoriza, em mandado de segurança, a concessão da ordem contra ato administrativo sujeito a recurso dotado de efeito suspensivo (desde que tal efeito independa de caução), mas isto não significa que a lei esteja a impor o exaurimento da via administrativa. Caso o administrado não queira interpor o recurso administrativo, continuará tendo acesso livre ao Poder Judiciário para impugnar o ato administrativo, apenas não poderá fazê-lo valendo-se da via qualificada do mandado de segurança.³⁵²

Não devemos esquecer que, durante a vigência da Constituição de 1946, à luz de cláusula constitucional equivalente ao atual art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal considerou que lei ordinária poderia instituir, para alguns casos, e independentemente de previsão constitucional específica, a exigência de exaustão da via administrativa como condição para o acesso ao Poder Judiciário (desde que, é claro, enquanto não esgotada a via administrativa, o ato impugnado não produzisse efeitos).³⁵³ Esta orientação não é admitida hoje em dia, mas convém rememorá-la.

Também há de se registrar que o art. 7º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006 determina que, nos atos comissivos ou omissivos da Administração Pública contrários a súmula vinculante, “o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”. A norma

EMENTA: – Ação direta de inconstitucionalidade de dispositivos e expressões contidas na Medida Provisória 1.663-13, de 26 de agosto de 1998. Pedido de liminar.

– Ação que está prejudicada quanto à expressão “§ 5º do art. 57 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991” contida no artigo 28 da Medida Provisória n. 1.663-14, de 1998, porque não foi ele reproduzido na Lei 9.711, de 20.11.98, em que se converteu a citada Medida Provisória.

– Falta de relevância jurídica para a concessão de liminar no tocante a expressão “de contribuição” contida no artigo 94 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pelo artigo 24 da Lei nº 9.711/98. Não determinando o dispositivo em causa sua aplicação retroativa, se esta vier a ocorrer poderá ela ser objeto de controle difuso de constitucionalidade, caso a caso. As demais alegações de inconstitucionalidade dessa expressão não se evidenciam de plano em exame sumário para a concessão, ou não, de medida liminar.

– A mesma falta de relevância jurídica para a concessão de liminar ocorre no que diz respeito ao § 3º do artigo 126 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pelo artigo 24 da Lei n. 9.711/98.

Ação de que se conhece em parte, e nela se indefere o pedido de suspensão da eficácia da expressão “de contribuição” contida no artigo 94 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e do § 3º do artigo 126 da mesma Lei, ambos com a redação dada pelo artigo 24 da Lei nº 9.711/98.

(STF, Pleno, ADI 1.891 MC, Relator Ministro MOREIRA ALVES, julgado em 12/05/1999, publicado na p. 21 do DJ de 08/11/2002)

³⁵² Entendemos que a finalidade da lei é impedir o uso do remédio célere e emergencial do mandado de segurança por quem abriu mão de questionar na via administrativa ato que ainda não lhe causava prejuízo. No entanto, a jurisprudência majoritária interpreta a restrição do art. 5º, I, como proibição de utilização simultânea do recurso administrativo e do mandado de segurança: logo, findo o prazo de interposição do recurso administrativo, ou havendo renúncia a este, ou desistência de recurso interposto, o administrado poderá impetrar mandado de segurança.

³⁵³ Recursos Extraordinários 8.724 e 20.325, Mandados de Segurança 1.094 e 1.599, e Conflito de Atribuições 5.334, todos transcritos no item 5.1.

é claramente inconstitucional, porque, se a questão já está pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, e se a súmula vincula diretamente a Administração, ela tem de agir de ofício, não mediante provocação do administrado, e não o fazendo, este deve poder impugnar judicialmente o ato de imediato.³⁵⁴

7.3.2 Atos ilegais e certeza de que o requerimento será rejeitado

Como esclarecido anteriormente,³⁵⁵ o prévio requerimento só há de ser exigido com relação a direitos cujo deferimento pela Administração depende de manifestação expressa de vontade do administrado perante a Administração Pública, já que, sem provocação, esta está impedida de deferir-lhe qualquer prestação. Nas demais situações, a Administração Pública deve atuar de ofício, e, se não o faz, descumpra a lei e viola direitos, caso em que o acesso ao Poder Judiciário está permitido desde já.

Quando é certo que a Administração Pública rejeitará o requerimento – por força de norma interna ou de interpretação aplicada a outros casos idênticos, ou, ainda, quando o acolhimento da pretensão do administrado depende do reconhecimento de inconstitucionalidade de alguma lei – o prévio requerimento é dispensável (devendo ser justificado na petição inicial), porque, nestas hipóteses, a via administrativa seria mera formalidade burocrática, verdadeira perda de tempo para o administrado.

7.3.3 Apresentação de contestação pela Administração Pública

Há julgado do Supremo Tribunal Federal – do qual discordamos – segundo o qual, citada a parte ré, o oferecimento de contestação negando a existência do direito representaria resistência à pretensão do autor, caracterizando o interesse de agir.³⁵⁶

³⁵⁴ Outra interpretação que poderia ser dada ao texto legal é no sentido de que ele não visa condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa, mas apenas o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal mediante reclamação: ficaria aberta a possibilidade de impetração de mandado de segurança perante o juízo de primeiro grau. No entanto, também esta interpretação incidiria em inconstitucionalidade, ao nosso ver, por esvaziar tanto o conteúdo normativo da previsão constitucional da existência de súmulas vinculantes quanto a função que a própria Constituição atribuiu à reclamação.

³⁵⁵ Item 4.3.

³⁵⁶ Recurso Extraordinário 143.580, transcrito no item 5.4.1.

Para a Turma Nacional de Uniformização, em regra, a apresentação de contestação genérica, padronizada, ainda que tratando de questões de mérito, nada mais é que exercício do direito de defesa, em atenção ao princípio da eventualidade: apenas nos casos em que o advogado público apresentar uma contestação individualizada, analisando minuciosamente a situação pessoal do autor para concluir que ele não tem o direito invocado,³⁵⁷ poder-se-ia antever que a extinção do processo sem julgamento de mérito não seria proveitosa, uma vez que a parte ré não agiria, na via administrativa, diferentemente do que disse em juízo seu procurador.³⁵⁸ Em linha semelhante, as Turmas Recursais dos Juizados Federais do Rio de Janeiro editaram recentemente o Enunciado 94 (“Não se extinguirá o processo sob alegação de inexistência de prévio requerimento administrativo se houver resistência da parte ré ao pedido e já iniciada a instrução processual.”), afastando a possibilidade de extinção sem julgamento de mérito apenas se já houver sido praticado algum ato de instrução.

Pensamos que, por duas razões, não é possível generalizar a idéia de que, se o réu não se opõe ao direito alegado pelo autor, bastaria reconhecer a procedência do pedido, e, se não há reconhecimento em juízo, está caracterizada a resistência à pretensão.

Primeiro, o advogado público não é o órgão que tem a atribuição – e nem os meios – de processar requerimentos administrativos, e menos ainda de se pronunciar, em prazo muitas vezes inferior àquele de que a Administração disporia em processo administrativo. A autorização de restituição de tributos ou de compensação tributária, o deferimento de aposentadoria ou pensão por morte, a concessão de patentes, dentre outros, são atos que, para sua formação e aperfeiçoamento, passam por diversos órgãos administrativos, cada qual com sua especialidade: o procurador público simplesmente não tem o conhecimento técnico, não tem o grau de especialização, não dispõe de equipe de apoio, e não tem a atribuição de resolver todas as questões não-maduras que lhe chegam às mãos, emitindo pronunciamento de mérito definitivo (sob a ótica da Administração) sobre a questão. Muitas vezes a resposta de mérito é elaborada sem acesso à totalidade das informações sobre a situação do autor (como, por exemplo, quando o advogado público não domina inteiramente o manuseio do banco de dados informatizado, ou quando os dados estão em processo físico ao qual o advogado não tem acesso, ou quando se trata de informações técnicas – médicas, contábeis *etc* – que não são devidamente compreendidas), e não há em juízo a oportunidade de “solicitar esclarecimentos

³⁵⁷ Ou no caso em que há alegação de decadência, conforme Pedido de Unificação de Interpretação de Lei Federal 200872510023982, transcrito no item 5.4.2.

³⁵⁸ Pedidos de Unificação de Interpretação de Lei Federal 200672950155442 e 200872510023982, transcritos no item 5.4.2.

e diligências”, o que pode levar a conclusões equivocadas (pode inclusive induzir o procurador em erro, levando-o a propor acordo que, posteriormente, se revelará ilegal).

Segundo, o efeito prático da apreciação judicial não é idêntico ao da apreciação administrativa, já que aquele reveste a conclusão com a proteção da coisa julgada. Se o deferimento da prestação reclamada fosse feito administrativamente, a Administração Pública teria, nos termos da Súmula 473/STF e do art. 53 da Lei nº 9.784/1999, liberdade para anular o ato caso constatasse posteriormente alguma irregularidade; se a concessão decorrer de ordem judicial, depois do trânsito em julgado, o benefício estará imune à revisão.³⁵⁹

7.3.4 Ausência dos órgãos da Administração Pública

O acesso ao Judiciário é apenas um dos meios para a concretização do acesso à Justiça, que demanda um Estado garantidor dos direitos. Logo, é curioso – e, acima de tudo, questionável – que o Poder Judiciário por vezes esteja mais próximo dos administrados que a própria Administração Pública, assim como seria contraproducente o investimento da quase totalidade dos recursos orçamentários em hospitais e nenhum em políticas de saúde pública de natureza preventiva.

Fato é que o administrado deve ter o acesso facilitado aos órgãos públicos. Não se trata de ter necessariamente um posto em cada cidade:³⁶⁰ o que determina o grau de acessibilidade há de ser as distâncias e os obstáculos geográficos, os meios de transporte disponíveis e outras dificuldades (econômicas e de deslocamento pessoal de idosos, portadores de deficiência física e doentes). Tão grande a relevância deste tema que a Constituição da República de 1988, em seu art. 109, § 3º, delegou às varas da justiça estadual o julgamento das causas de competência da justiça federal quando a comarca não sediar vara federal, tanto nas questões previdenciárias quanto noutras que a lei venha a disciplinar.

O espírito da Constituição não pode ser ignorado nas localidades contempladas pela visita dos Juizados Especiais Itinerantes, como bem ressaltou MARIA LUCIA GOMES DE SOUZA.³⁶¹ Isto, no entanto, não afasta as críticas que lançamos a respeito – se um Juizado

³⁵⁹ Isto é especialmente perigoso em um país que teve de alterar seu Código Penal (vide Lei nº 9.983/2000) para tipificar as condutas de inserir dados falsos ou modificar sem autorização sistemas de informações.

³⁶⁰ Até porque, dentre os quase 5.600 municípios do Brasil, há diversos que podem ser cruzados a pé em poucos minutos.

³⁶¹ Vide item 7.2.

Itinerante, juízes, servidores, defensores e procuradores chegam à localidade, certamente também chegariam, e deveriam fazê-lo primeiro, servidores da Administração –, bem como não afasta (pelo contrário, maximiza) os riscos decorrentes de atribuir ao advogado público, desmuniado de informações relevantes, de fazer, em tempo recorde, cara a cara com o administrado-jurisdicionado, as vezes de todas as equipes de funcionários e apreciar de imediato o direito por este invocado, e de deixar que o juiz, com a mesma falta de segurança, julgue originariamente a questão.

Concluimos, então, que os administrados das localidades de difícil acesso devem ser poupados, por questão de exceção, da exigência do prévio requerimento, pois, nesse caso específico, o único canal de contato com o Poder Público é o Judiciário. Tanto quanto possível, (i) o Poder Executivo deveria tomar a iniciativa de fazer-se itinerante (e, mais que itinerante, efetivamente presente) – e, na falta de iniciativa, deveria ser instado a tanto pelo Ministério Público, e (ii) a atermação dos pedidos, seguida da fase instrutória, deveria resultar em encaminhamento dos autos formados à apreciação pelos órgãos administrativos, e não à manifestação imediata do procurador e ao julgamento pelo juiz.

7.3.5 Ineficiência dos órgãos da Administração Pública

Há outras tantas situações equiparáveis ao drama das localidades sem a presença da Administração: são os lugares onde os postos de atendimento existem mas não funcionam a contento. Partindo da premissa de que as pessoas tendem a buscar resolver seus problemas do jeito (que acreditam ser) mais rápido e com maiores chances de êxito, a procura (muitas vezes desnecessária) do Judiciário é reflexo de uma dificuldade de acesso (em sentido amplo) à Administração: necessidade de senhas para atendimento (muitas vezes o administrado só consegue agendamento para uma data muito distante), longas filas iniciadas de madrugada, greves, distância geográfica dos órgãos públicos, falta de dinheiro para deslocamento e para fornecimento de fotocópias, perda de dias de trabalho, esclarecimentos insuficientes e mau atendimento, recusa ao atendimento ou rejeição verbal do requerimento (sem a entrega ao administrado de comprovante da recusa ou da rejeição), demora quanto ao fornecimento de uma resposta.³⁶²

³⁶² É bem verdade que o problema existe e persiste, em parte, porque os prejudicados dificilmente denunciam estas arbitrariedades às Ouvidorias e ao Ministério Público, de modo que os maus administradores –

A recusa da Administração Pública em admitir o protocolo do requerimento, a inviabilidade de atendimento por greve ou inexistência de horários disponíveis (senhas), ou o esgotamento do prazo legal sem conclusão do processo administrativo justificam, inquestionavelmente, o acesso ao Poder Judiciário. Entendemos, porém, que o direito alegado, se plausível, pode ser tutelado por medida de urgência (antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional), mas o provimento jurisdicional principal não deveria esgotar o mérito da questão, limitando-se a determinar que a Administração receba a petição inicial como requerimento administrativo, processando-o e decidindo-o no prazo legal (ou deferindo novo prazo para tanto): até que sobrevenha a resposta administrativa (que, se desfavorável ao administrado, poderá ser impugnada em outra ação ajuizada especificamente para este fim), o administrado ficará protegido pela tutela jurisdicional de urgência.

7.3.6 Urgência do administrado

Situações excepcionais, identificadas caso a caso, podem justificar o acesso ao Poder Judiciário do administrado que procurou previamente a Administração Pública, mesmo antes do decurso do prazo legal para obtenção de resposta, quando a urgência em obter o bem pretendido fizer com que, no caso concreto, tal prazo seja iníquo. Tais situações, aliás, são cada vez menos raras, uma vez que o prazo geral para resposta da Administração Federal – trinta dias, prorrogáveis por mais trinta, após a conclusão da instrução (art. 49 da Lei nº 9.784/1999)³⁶³ – é majorado para trezentos e sessenta dias nos casos de processo administrativo fiscal federal (art. 24 da Lei nº 11.457/2007).³⁶⁴

Assim, são bastante comuns as hipóteses em que contribuintes não podem aguardar quase um ano pela obtenção de uma certidão negativa de débitos (ou certidão positiva com

principalmente aqueles que recusam o protocolo dos requerimentos – se sentem livres para manter o comportamento ilícito. A exigência, em regra, do prévio requerimento pelo Judiciário – ou, ao menos, de um comprovante de formalização da insurgência contra a conduta dos administradores – teria o efeito secundário de evidenciar quais são as agências cujo funcionamento é deficiente, e esse mapeamento tornaria possível a correção de rumo. No entanto, não queremos perder de vista que o papel primeiro do Judiciário, quando procurado pelo jurisdicionado, é tutelar o direito alegado, pacificar o conflito, e não exercer o papel de fiscal da Administração.

³⁶³ Art. 49 da Lei nº 9.784/1999. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

³⁶⁴ Art. 24 da Lei nº 11.457/2007. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

efeito de negativa) ou pelo deferimento de inclusão em regime de parcelamento, assim como há casos em que segurados privados de sua capacidade laborativa não podem aguardar o encerramento do prazo legal para concessão e pagamento de benefício de caráter alimentar essencial à sua subsistência.³⁶⁵ A solução que preconizamos é a mesma do tópico anterior: o juiz não antecipará, em definitivo, o mérito do ato administrativo pendente, mas, demonstrada a urgência, e em sendo verossímil a alegação, deferirá tutela antecipada para que a demora por si só não dê causa a dano.

7.3.7 Processos em curso, iniciada a fase de instrução

A adequação do procedimento às particularidades do direito material em jogo visa a conferir maior efetividade ao processo. Logo, em processos que já estejam em curso, superada a fase de indeferimento da petição inicial, e já estando a instrução em estágio avançado, a sua extinção sem julgamento de mérito não seria solução adequada, porque antieconômica e contraproducente para todos os envolvidos (principalmente em sede de Juizados Especiais, em que a ausência de representação da parte por advogado pode resultar em déficit de informação a respeito da melhor maneira de exercício dos direitos). Nestes casos, verificada a inexistência de interesse de agir por ausência de provocação da parte ré na via administrativa, o mais adequado, a nosso ver, não seria a extinção pura e simples, nem o julgamento do mérito,³⁶⁶ e sim a suspensão do processo (permitido o deferimento de tutela de urgência), para que a Administração tenha condições de apreciar devidamente a pretensão do autor.

³⁶⁵ Art. 41-A da Lei nº 8.213/1991.

...

§ 5º O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão.

³⁶⁶ No sentido da superação da ausência de interesse de agir, a autorizar o prosseguimento do processo do processo, há acórdão da TNU no Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 200581100682771, já transcrito no item 5.4.3, e o Enunciado 94 das Turmas Recursais dos Juizados Federais do Rio de Janeiro (“Não se extinguirá o processo sob alegação de inexistência de prévio requerimento administrativo se houver resistência da parte ré ao pedido e já iniciada a instrução processual.”).

CONCLUSÃO

O direito à jurisdição é a primeira das garantias constitucionais dos direitos fundamentais, e deve ser igualmente acessível a todos (acesso efetivo) e produzir resultados individual e socialmente justos (justiça efetiva). A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional demanda interpretação extensiva e atuação do Poder Público para retirar os óbices econômicos, burocráticos, geográficos e sociais.

Mais que acesso ao Judiciário, o Estado deve assegurar o acesso à Justiça, submetendo-se à lei e às decisões judiciais, oferecendo assistência jurídica integral (e não apenas judiciária) aos pobres, fomentando a organização da sociedade civil e assegurando aos cidadãos condições de existência digna e educação para que conheçam seus direitos e possam participar efetivamente do processo democrático.

Neste sentido, houve esforços de superação dessas barreiras, desde a concessão de gratuidade aos necessitados (Lei nº 1.060/1950), da atribuição de papel relevante ao Ministério Público, da criação lenta, mas progressiva, das Defensorias Públicas, da interiorização crescente das Varas, inclusive da Justiça Federal, da dispensa parcial de advogado e da gratuidade e exclusão dos ônus de sucumbência no rito dos Juizados Especiais, sem falar do constante aprimoramento da legislação processual.

No entanto, a atividade judiciária é serviço estatal sujeito, como qualquer outra atividade, a limites orçamentários que impedem sua expansão ilimitada, e disto decorre a importância da conscientização de todos a respeito do seu custo, a fim de incentivar o uso responsável do serviço. Os mecanismos generosos instituídos para dar vazão à litigiosidade contida (demanda reprimida) resultaram em efeito colateral, qual seja, o acesso indiscriminado, às vezes irresponsável, e até abusivo à via judicial (decorrentes da concessão amplíssima de gratuidade, da irresponsabilidade de alguns advogados, do incentivo à litigiosidade desmedida pelos meios de comunicação, da falta de efetividade dos mecanismos de sanção da litigância de má-fé, da resistência da jurisprudência às ações coletivas *etc*). Conseqüência disto é o estrangulamento da capacidade de processamento, acarretando lentidão, diminuição da qualidade das decisões e sentenças, mutirões de “conciliação” como forma de fuga do processo, bem como crescente descrédito do Poder Judiciário perante os jurisdicionados.

Por isto, não por preocupação exagerada com produtividade e extinção de processos, e sem buscar exclusivamente uma eficiência gerencial, deve-se ter a racionalização do sistema

judicial como objetivo em favor da efetividade da tutela jurisdicional: cabe ao juiz, prestigiando o princípio da operosidade, estancar os processos inviáveis, por meio do controle adequado das condições da ação, dos pressupostos processuais e da rejeição liminar dos pedidos manifestamente improcedentes.

Neste contexto, as condições da ação constituem tutela diferenciada para evitar que o réu seja molestado por demanda inviável (pois, tanto quanto o direito de ação, o acesso a uma ordem jurídica justa também inclui o direito de não ser citado e integrado a um processo – com todo o desgaste psicológico e econômico que isto traz – sem uma justificativa minimamente plausível) bem como para, por economia processual, minimizar a sobrecarga dos serviços judiciários, contribuindo, assim, para concretizar a garantia da razoável duração do processo de todos os demais jurisdicionados.

No que diz respeito ao interesse processual de agir, a garantia de acesso ao Poder Judiciário não se confunde com incentivo à sua busca quando isto não for absolutamente necessário ou útil. Sem negar as dificuldades que uma Administração Pública defeituosa impõe aos administrados, é inadmissível, salvo em casos excepcionais, que estes deixem de requerer-lhe as prestações a que entendem fazer jus e passem a fazê-lo diretamente ao Poder Judiciário: não se trata aqui de pedido de correção de ilegalidade ou violação a direito, mas da apreciação originária do preenchimento ou não dos requisitos para deferimento de prestações específicas. Inviável transformar o juízo em um balcão de primeiro atendimento – o que afeta negativamente o tempo e a qualidade das decisões judiciais: não falamos de esgotamento das vias administrativas, mas de impor ao administrado que submeta seu pleito à apreciação do administrador (que disporá, em tese, de pessoal especializado e dados mais precisos para apreciar o requerimento que o Judiciário) para, apenas em caso de indeferimento, optar entre o recurso administrativo e a via jurisdicional.

Daí a importância de resgatar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, muito antes da Constituição de 1967 (com as alterações das Emendas nº 01/1969 e 07/1977), considerava a garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional compatível com a exigência do prévio requerimento administrativo e até com a instituição, por lei, da necessidade de esgotar a instância administrativa. Falacioso, portanto, o argumento de que a transição para o regime da Constituição de 1988 permitiu aos jurisdicionados cobrar do juiz providências que deveriam ser requeridas do administrador, abstraindo da separação de poderes, da instituição legítima do interesse de agir como condição da ação, e da impossibilidade prática de o Judiciário deixar de exercer apenas o controle das ilegalidades para substituir a função primeira da Administração.

No debate diário travado nos Juizados Especiais Federais (principalmente em matéria de ações de concessão de benefícios previdenciários, ainda que o tema diga respeito a qualquer outra prestação administrativa que dependa, por lei, de postulação expressa por parte do administrado), a discussão foi retomada, mediante sucessivas decisões da Turma Nacional de Uniformização e dos enunciados editados pelo Forum Nacional dos Juizados, no intuito de desenvolver critérios que permitam prevenir a falência do sistema sem obstaculizar o amplo acesso à Justiça efetiva.

Buscamos expor os argumentos a favor e contra a exigência do prévio requerimento, para depois sistematizar a posição atual da jurisprudência e apresentar critérios que podem vir a ser aproveitados pelo Supremo Tribunal Federal quando submeter a julgamento o Recurso Extraordinário 631.240. É bem verdade que, após um período de sérias restrições de acesso ao Judiciário, foi necessário ao país respirar os novos ares da reinstituição do regime democrático e vivenciar a plenitude de acesso que resultou na explosão de demandas, dando vazão à litigiosidade contida; passadas mais de duas décadas, e alcançado o amadurecimento democrático das instituições, é hora de buscar um ponto de equilíbrio que estruture de forma clara quais as atribuições – e responsabilidades – de cada um dos Poderes do Estado em favor dos administrados-jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 195, p. 185-208, 2010.
- ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descasso. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4078/justica-acesso-e-descasso>>. Acesso em: 5 jul. 2011.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANTUNES, Laura. A má-fé que está por trás de ações que chegam aos juizados especiais. In: *O Globo*, 4 de maio de 2005, p. 21 *apud* MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Garantias do Processo Justo nos Juizados Especiais Cíveis. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; ROCHA, Felipe Borring (organizadores). *Juizados Especiais Cíveis: novos desafios*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.
- BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. O alcance do interesse processual: um enfoque instrumental. *Revista da ESMape*, Recife, n. 20, p. 583-602, 2004.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os Direitos Sociais: fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2011.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. V. 2.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BIGOLIN, Giovani. O requerimento administrativo e o controle judicial dos benefícios previdenciários. In: ROCHA, Daniel Machado da (coord.). *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 49-72.
- BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. *A consensualidade e a Administração Pública em juízo*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2766>>. Acesso em: 5 jul. 2011.
- CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 26, 2009. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/view/25>. Acesso em: 5 jul. 2011.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y Mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. 2.ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006 apud ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 195, 2010.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 74, p. 82-97, 1994.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Considerações sobre o processo e os juizados de pequenas causas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 51, p. 23-31, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CATTA PRETA NETO, Itagiba. *Benefício previdenciário – prévio requerimento administrativo*. Disponível em: <http://www.ajufer.org.br/ajufer/arquivos/jornal_pdf/ed-26-ajufer.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2011.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Minime del “Giusto Processo” Civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*, São Paulo, p. 159-176, n. 112, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em números 2009*. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CUNHA, Luciana Gross. *Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 47, p. 24-42, 1997.

DIAS, Francisco Barros. *Litigância de má-fé: responsabilidade solidária do advogado*. Disponível em: <<https://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina134.doc>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

DIDIER JR. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUARTE, Fernanda; MOURA, Francisco; MASTRODI, Josué; TSUBONE, Rubens Takashi. Ainda há supremacia do Judiciário? In DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (organizadores), *Teoria da Mudança Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 43-104.

FARIA, Roberto Gil Leal. Por que são efetivados poucos acordos nos juizados especiais federais? *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 93-103, 2009.

FERRAZ, Leslie Shérida. A Demora do Judiciário e o custo Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* nº 18. Salvador: IBDP, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LESLIE-FERRAZ.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

FERREIRA, Odim Brandão. *Fato Consumado. História e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 53, 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2527/a-independencia-e-a-autonomia-funcional-do-procurador-do-estado>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

FISS, Owen. A burocratização do Judiciário. In FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Carlos Alberto de Salles (coordenador), Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, pp. 163-203.

_____. Contra o acordo. In FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Carlos Alberto de Salles (coordenador), Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, pp. 121-145.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3.ed. São Paulo: RT, 2005.

FUX, Luiz. *Propostas do Presidente da Comissão de Elaboração do Anteprojeto do Novo CPC*. Disponível em: <http://www.cenajus.org/moodle/file.php/1/moddata/forum/46/1260/NOVOCPC_-_PROPOSTAS_DA_COMISSAO_DE_JURISTAS.doc>. Acesso em: 5 jul. 2011.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: RT, 1999.

GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 7, n. 14, 2002. Disponível em:
<<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/73>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

_____. *Instituições de Processo Civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. O acesso ao Direito e à Justiça. *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197-223.

_____. *O Papel das Tutelas Coletivas no Processo Civil Contemporâneo*. Conferência proferida em 2000, no Ciclo de Palestras “Justiça do Futuro: sugestões de um novo perfil”, na Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal, Brasília/DF. Texto-base gentilmente cedido pelo autor.

_____. Princípios de uma teoria geral dos recursos. *Revista Eletrônica de Direito Processual* nº 05. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. Disponível em:
<http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2011.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. *Conciliação na Administração Pública*. Rio de Janeiro: 2010. Disponível em:
<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=195724>. Acesso em: 5 jul. 2011.

_____. Da responsabilidade do advogado pelo abuso do direito no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 76, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 14-32.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, 11.ed, Forense, 2001.

KAUSS, Lais Fraga. Prepostos do INSS nos juizados especiais federais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2527, 2010. Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/14965/prepostos-do-inss-nos-juizados-especiais-federais>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

LETTERIELLO, Rêmoló. *Juizados Especiais estão em flagrante declínio*. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2011-jul-26/juizados-especiais-manifesto-flagrante-declinio>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

LIMA, George Marmelstein. O Prévio Requerimento Administrativo como Condição para a Propositura da Ação Previdenciária. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-prvio-requerimento-administrativo-como-condicao-para-propositura-da-acao-previdenciaria>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Garantias do Processo Justo nos Juizados Especiais Cíveis. In MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; ROCHA, Felipe Borring (organizadores), *Juizados Especiais Cíveis: novos desafios*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, pp. 49-69.

_____. *Ônus da prova no Direito Processual Público*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOREIRA, Antonio Ricardo. O interesse de agir em ações que permitem a solução extrajudicial. Casos específicos de ações previdenciárias e securitárias (DPVAT). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2770, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18389/o-interesse-de-agir-em-aco-es-que-permitem-a-solucao-extra-judicial>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Wanderson Marquiori Gomes. *Do prévio requerimento administrativo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28459/da-necessidade-do-previo-requerimento-administrativo-nas-demandas-judiciais-que-versam-sobre-concessao-de-beneficio-previdenciario>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

PARENTONI, Leonardo Netto. Prévio requerimento administrativo e interesse de agir em juízo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2044, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12286/previo-requerimento-administrativo-e-interesse-de-agir-em-juizo>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

PEREIRA, Frederico Valdez. Processo administrativo de concessão de benefício previdenciário: noção e princípios de legitimação da atuação do INSS. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil [AJUFE]* nº 90, São Paulo, 2008, pp. 149-166.

PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis: questões de processo e de procedimento no contexto do acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

PEREIRA NETO, Eurico Modesto. Falta de interesse de agir em demandas previdenciárias. 2010. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2644>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no Processo Civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual* nº 5. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2011.

_____. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil. Breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual* nº 06. Rio de Janeiro: UERJ, 2011. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2011.

_____. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 3.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1999.

ROCHA, Andréa Presas. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2497, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14788/principio-da-inafastabilidade-do-controle-jurisdicional-direito-de-acao>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição. In TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coordenador). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 31-51.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática de mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SADEK, Maria Tereza. *Justiça em números: novos ângulos*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/AMB_Sadek_Justica_em_numeros_novos_angulos.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, pp. 779-792.

SANTOS, Hermílio; TIMM, Luciano Benetti (coordenadores). *Demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil*. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/cam/2011/maio/Luciano/PUCRS_CNJ_27_05_2012.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2011.

SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHATTSCHEIDER, Julio Guilherme. Porcos assados, Viktor Navorski e os Juizados Federais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2220, 2009. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/13247/porcos-assados-viktor-navorski-e-os-juizados-federais>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Notas para a compreensão das condições da ação no direito brasileiro. *Revista Forense*, v. 97, n. 353, 2001, pp. 117-140.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*, 6.ed. São Paulo: RT, 2011.

SOUSA, Everardo de. Interesse de agir. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 31, pp. 29-37.

SOUZA, Antônio André Muniz de. Pedido de Registro de Marca e Controle Jurisdicional. *Revista da AGU* nº 7. Brasília: AGU, 2005. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/647733>. Acesso em: 5 jul. 2011.

SOUZA, Maria Lúcia Gomes de. *O prévio requerimento administrativo como condição para o ajuizamento da ação contra o poder público sob a perspectiva do direito fundamental de acesso à justiça*. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Público da Universidade Federal Fluminense em convênio com o Conselho da Justiça Federal. Manaus: 2007, não publicado.

TAVARES, Marco Arlindo. Razões para o prévio requerimento administrativo de benefício previdenciário antes de se buscar o Poder Judiciário. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2706. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17918/razoes-para-o-previo-requerimento-administrativo-de-beneficio-previdenciario-antes-de-se-buscar-o-poder-judiciario>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

TENENBLAT, Fabio. *Abuso no Acesso ao Judiciário: custos econômicos e sociais*. Dissertação de Mestrado em Economia. Rio de Janeiro: UFRJ, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=189921>. Acesso em: 5 jul. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VASCONCELOS, Enderson Danilo Santos de. O interesse de agir e o prévio requerimento administrativo nas ações previdenciárias. *Âmbito Jurídico* nº 74, Rio Grande do Sul: 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7520>. Acesso em: 5 jul. 2011.

VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes. Litigiosidade Contida (e o Contingenciamento da Litigiosidade). In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 49-66.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. I. 10.ed. São Paulo: RT, 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (organizadores), *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, pp. 128-135.

_____. *Da cognição no processo civil*. 3.ed. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Filosofia e Características Básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In WATANABE, Kazuo (coordenador), *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985, pp. 1-7.

WATANABE, Kazuo; SADEK, Maria Tereza (Consultores); FERRAZ, Leslie Shériida (Coordenadora Executiva); VERÍSSIMO, Marco Paulo (Pesquisador responsável). *Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: ações coletivas – relatório final*. Estudo feito pelo CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais) em parceria com a Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília: 2007. Disponível em: <http://www.cebepj.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2011.