

1

A EXIGÊNCIA DE PRÉVIO POSTULAMENTO ADMINISTRATIVO NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS¹

Adriano Zocche

1. INTRODUÇÃO

Divulga-se com insistência na mídia que o Poder Público é um dos maiores “clientes” do Poder Judiciário, informação que o cotidiano da prática jurisdicional não desmente. Especificamente nas varas da Justiça Estadual de comarcas que não são sede da Justiça Federal constata-se que boa parte dos feitos judiciais em tramitação tem como objeto pedido de benefícios previdenciários em face do Instituto Nacional do Seguro Social.

Outro registro é que quantidade significativa dessas ações é aforada sem a prévia postulação administrativa. É comum que as partes procurem diretamente o Judiciário sem antes levar a pretensão à autarquia.

Reiteradamente se apura que as partes, muitas vezes seguindo orientação de advogados, resistem procurar a instância administrativa, preferindo acionar diretamente o Poder Judiciário.

O INSS deve então, pelo princípio da eventualidade, arguir em contestação toda a matéria interessante à defesa. Argui, normalmente,

¹ O presente artigo é resumo da dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como exigência para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, tendo como orientador o professor Ricardo Luiz Marques.

a preliminar de falta de interesse de agir pela ausência de postulação administrativa; no mérito costuma também contestar o preenchimento dos requisitos necessários para o benefício postulado.

Em circunstâncias tais, o INSS não dá causa à instauração do processo pois não apresenta à parte resistência administrativa, justamente por não lhe ser apresentado qualquer pedido. Mas como, processualmente, pelo princípio da eventualidade, é levado a contestar o mérito, dá azo à superveniência do interesse de agir, e, na hipótese de condenação, sofre ainda os efeitos da sucumbência, onerando os cofres públicos.

Outra consequência é o aumento de demanda da função judiciária, sobrecarregando as secretarias e juízes com lides muitas vezes artificiais, que encontrariam solução natural administrativamente.

Diante disso, o presente artigo, resumo de dissertação apresentada à PUC-Minas, propõe a discussão da condição ao interesse de agir nessa espécie de ação, a partir dos termos estabelecidos em lei para início dos respectivos pagamentos dos benefícios, estudando consequências processuais em face dos posicionamentos adotados, como a possibilidade do juiz determinar à parte que faça o pedido administrativo.

2. O INTERESSE DE AGIR COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO

O princípio da universalização da tutela jurisdicional não implica em que *todos* tenham direito ao pronunciamento judicial em *qualquer* circunstância. Segundo Dinamarco, “razões de ordem ética ou econômica legitimam certas limitações impostas pela lei ao direito ao provimento de mérito” (DINAMARCO, 2002, p. 298).

Com efeito, há “legítima conveniência de impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei” (DINAMARCO, 2002, p. 298).

Daí o estabelecimento das condições da ação que, segundo a doutrina, são três: legitimidade de partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir. Para este trabalho a atenção dada é ao interesse de agir.

Trata-se da condição da ação assentada na premissa de que, embora o Estado tenha a obrigação de exercer a jurisdição, não convém acionar o aparato jurisdicional sem que se possa extrair dessa atividade resultado útil. A prestação jurisdicional solicitada pela parte deve ser necessária e adequada.

Segundo Câmara, “o interesse de agir é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito do provimento final seja verdadeiro binômio: ‘necessidade da tutela jurisdicional’ e ‘adequação do provimento pleiteado’. Fala-se, assim, em ‘interesse-necessidade’ e em ‘interesse-adequação’. A ausência de qualquer dos elementos componentes deste binômio implica ausência do próprio interesse de agir” (CÂMARA, 2003, p. 126).

Consiste a *necessidade* da tutela jurisdicional na impossibilidade de satisfazer o alegado direito sem a intervenção do Estado, seja porque o requerido se nega a tanto, seja porque a própria lei assim exige.

Theodoro ressalta a *necessidade* do processo como componente do interesse de agir:

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela 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)’ (...) Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela **efetiva existência de uma lide**, é que autoriza o exercício do direito de ação (THEODORO, 2007, p. 65, grifo nosso).

A necessidade do processo, de que fala Theodoro, reside na circunstância de que um dano jurídico fatalmente ocorrerá se a ação não for manejada. Esse dano é indicado pela existência de lide, ou seja, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

3. O PEDIDO ADMINISTRATIVO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

O Estado exerce funções de distintas naturezas, prevalecendo na doutrina a ideia da tripartição: a função legislativa, a administrativa (ou

executiva) e a jurisdicional. Em regra se faz correspondência de cada uma delas a três blocos orgânicos denominados “Poderes” do Estado.

A função legislativa, segundo Mello, “é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição” (MELLO, 2002, p. 33).

A função administrativa do Estado consiste no exercício de “comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais vinculados, submetidos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário” (MELLO, 2002, p. 34).

A função jurisdicional “é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso” (MELLO, 2002, p. 34).

Segundo Liebman, a atividade jurisdicional baseia-se no “julgamento”, atividade exercida pelo juiz que consiste em “valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso (*fattispecie*)” (LIEBMAN, 1985, p. 4).

Ressalta o autor que as duas mais importantes definições dadas à jurisdição são de Chiovenda e de Carnelutti. “A primeira delas – de Giuseppe Chiovenda – define a jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática” (LIEBMAN, 1985, p. 6). Vê-se que Chiovenda indica dois critérios distintivos, acatados pela doutrina tradicional, acerca das características da jurisdição: a) caráter substitutivo à atuação das partes; b) escopo de atuação do direito.

O caráter substitutivo da jurisdição existe porque o Estado proíbe que os particulares pretendam realizar justiça pelas próprias mãos e, assim, teve que estruturar um órgão para seu exercício, ou seja, para aplicação imparcial da vontade da lei ao caso concreto.

Liebman aponta ainda como importante a construção de Carnelutti, que caracterizava a jurisdição como atividade exercida sempre com relação a uma lide. Sobre a definição de Carnelutti, assim diz Liebman: “prefere ver na jurisdição a justa composição da lide, entendendo por lide qualquer conflito de interesses regulado pelo direito e por justa a composição feita nos termos deste” (LIEBMAN, 1985, p. 6).

Observa-se que Carnelutti trabalha com a noção de solução de conflito de interesses como essencial ao conceito de jurisdição.

Liebman entende que os dois conceitos – de Chiovenda e de Carnelutti –, se complementam. Desta forma seu conceito da jurisdição é o seguinte:

(...) podemos considerar a jurisdição como a atividade dos órgãos públicos do estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica (LIEBMAN, 1985, p. 6).

A partir das ideias de Liebman, Dinamarco (1993) desenvolveu a doutrina da instrumentalidade, afirmando que a jurisdição é instrumento para a pacificação social e o processo possui escopos metajurídicos, sociais, políticos e jurídicos.

Apenas excepcionalmente se admite que um dos “Poderes” do Estado exerça funções que seriam inerentes a outro, sempre com previsão na Constituição.

Como se vê, o Poder Judiciário exerce função de controle, aplicando o direito com o objetivo de pacificação social ao solucionar as lides, substituindo-se a atuação das partes, impedidas de agir por si sós.

Observa-se com clareza o exercício dessa função quando da prática de atos administrativos, pois a atuação do Judiciário ocorre normalmente em momento posterior a da Administração. Vale dizer, o Judiciário, em regra, não pode nem deve praticar ato previamente ou em substituição à atuação primária do Executivo.

Como exemplo do típico exercício da função administrativa do Estado vê-se a atuação da Autarquia Previdenciária. Quando o INSS recebe o pedido administrativo de benefício previdenciário, exige do interessado a exibição de documentos ou oitiva de testemunhas para demonstração de fatos e analisa se o preenchimento dos requisitos legais está em pleno exercício dessa função.

Certo é que o Estado não tem condições de “descobrir” quando cada cidadão, independentemente de sua manifestação, reunirá os requisitos para fazer jus ao benefício previdenciário. Por mais que os avanços tecnológicos aumentem a eficiência administrativa e o Estado possua cadastros a cada dia mais completos sobre variados aspectos da vida do cidadão, ainda não é possível ao INSS conceder benefícios independentemente da demonstração, pelo interessado, da reunião dos requisitos legais.

Em razão disso, a lei e normas infralegais preveem a sequência de variados atos administrativos, a serem deflagrados pelo interessado, para verificação dos requisitos e posterior concessão de benefícios.

Nessa esteira, a Lei 8.213/91 estabelece que o termo inicial de muitos benefícios é a data do requerimento formulado pelo interessado ou depende essencialmente desse requerimento.

Por exemplo, quanto à aposentadoria por idade:

Art. 49. A aposentadoria por idade será devida:

I – ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir:

a) da data do desligamento do emprego, **quando requerida** até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou

b) da **data do requerimento**, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea “a”;

II – para os demais segurados, da **data da entrada do requerimento**.

De modo similar a aposentadoria por tempo de serviço e a aposentadoria especial:

Art. 54. A **data do início** da aposentadoria por tempo de serviço será **fixada da mesma forma** que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

(...)

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

Quanto ao auxílio-doença:

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

§ 1º **Quando requerido** por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio-doença será devido **a contar da data da entrada do requerimento**.

O auxílio-doença possui característica pouco diversa dos demais, pois é benefício com finalidade de atender emergencialmente aquele que não tem condições de trabalhar, e por isso a lei estabelece que é devido a partir de certa data após o afastamento da atividade, o que é comunicado pelo empregador, ou, então, a contar da incapacidade. Mas, de todo modo, exige-se o requerimento administrativo, tanto é que, quando formulado por segurado afastado por mais de trinta dias, o benefício só é devido a partir “da entrada” desse pedido.

De modo geral, vê-se que até o benefício que é devido a partir de data anterior ao requerimento depende de sua formulação.

Feito o pedido junto à Autarquia, pode ocorrer sua denegação, cabendo então recurso administrativo, de interposição não obrigatória.

Mas, ressalte-se, a formulação do pedido administrativo, salvo exceções que podem ser bem identificadas, é necessária ao menos para ter o Poder Público conhecimento de que alguém se entende com direito a algo frente à própria Administração.

Com a resposta negativa ou inércia da Administração aí sim estará qualificado o direito do sujeito para a busca da tutela jurisdicional.

Com efeito, a partir da negativa da Administração Pública, ou mesmo diante de demora injustificada, configura-se a lide. Ou seja, passa a existir, de um lado, a pretensão do cidadão que quer um determinado benefício previdenciário, e, de outro lado, a resistência administrativa.

Assim, apresentada resistência relevante pelo INSS somente o Poder Judiciário poderá removê-la.

Segundo Theodoro, “Com a ação a parte introduz no processo o fato pré-processual da lide. Com a ação, o autor pede em juízo **aqui-**

lo que, antes do processo, lhe foi recusado pelo réu” (THEODORO, 2007, p. 72, grifo nosso).

Portanto, é imperioso que se formule o pedido administrativo, máxime quando há boas possibilidades de conquista do direito na via administrativa, o que se dá, por exemplo, no caso das aposentadorias dos rurícolas.

A propósito, Rocha e Baltazar explanam que “a maior parte dos benefícios é concedida mediante requerimento do segurado”. E prosseguem aduzindo que “a manifestação prévia da administração é também mais conveniente por várias razões. Primeiro, a via administrativa é usualmente mais rápida do que a judicial. Segundo, o ato de concessão de benefício envolve a verificação da documentação apresentada pelo requerente, tarefa para a qual são treinados os servidores da autarquia, não o Juiz, o qual terá dificuldades, por exemplo, para verificar o acerto dos recolhimentos efetuados por segurado autônomo. Terceiro, a função do Judiciário é controlar a administração pública e não substituí-la” (ROCHA e BALTAZAR, 2002, p. 285 e 286).

De todo modo, em casos específicos é possível admitir a ação sem o prévio requerimento administrativo, por se configurar a lide de outro modo.

Pode ocorrer de ser ultrapassado o prazo legal para concessão administrativa do benefício.

Há situações em que é notória a recusa do INSS em admitir como hábil para prova do tempo de serviço determinado documento. É exemplo a certidão de óbito de parente do requerente em que conste a qualificação da pessoa como “agricultor” ou “boia-fria”.

Em outras situações, o INSS aplica determinado índice de reajuste aos benefícios, com o qual não concorda o aposentado ou pensionista. Pela só aplicação de índice diverso do pretendido tem-se a resistência administrativa que justifica a ação judicial.

Por outro lado, é evidente que, havendo repetição de negativa em relação a determinada tese ou direito, torna-se inútil ou ocioso insistir-se na prévia audiência administrativa do órgão.

É o caso das controvérsias sobre a reformulação da renda mensal inicial nas pensões por morte após a Lei 9.032/95, que deu nova redação ao artigo 75 da Lei 8.213/91. Discutia-se se a nova redação da lei abrangia benefícios concedidos anteriormente à sua vigência.

Uma vez firmada a posição do INSS sobre a controvérsia, uniforme em todo o país, inútil o requerimento administrativo, pois o agente responsável pela apreciação do pedido simplesmente aplica a orientação normativa da cúpula do órgão.

Resta claro, então, que nessas situações não se faz necessário o pedido administrativo para ajuizar a demanda, eis que a lide é evidente diante da posição tomada pelo INSS.

Já em outras situações, para o ingresso direto no Poder Judiciário é comum a justificativa de que o INSS recusa-se sistematicamente a aceitar o protocolo de determinados pedidos. Afirma-se que tais recusas são orais e manifestadas por funcionários subalternos do INSS, os quais são acusados, ainda, de atendimento inadequado por supostamente negarem informações ou por impedirem o acesso aos níveis gerenciais da Autarquia.

É comum ver nas petições iniciais alegação de deficiência no atendimento ao público por falta de estrutura da Autarquia, o que ocasionaria filas intermináveis, ou então negativas orais aos pedidos, entre outros argumentos semelhantes.

Sem embargo da constatação de que boa parte de tais problemas, especialmente as filas iniciadas pelas madrugadas, como notório, foram resolvidos, é de se salientar que a solução jurídica adequada não é a substituição da função administrativa pelo Judiciário, sob pena deste assumir as falhas estruturais do Executivo, o que infelizmente está acontecendo.

Ainda que se pudesse entender que as falhas da Administração ou a alegação de recusa oral do pedido justificariam o interesse de agir em juízo, não se pode desconsiderar que, no âmbito dos benefícios previdenciários, nos termos do art. 105 da Lei de Benefícios², o INSS não pode recusar o recebimento de qualquer pedido, e, caso o faça, está a autoridade ou funcionário que assim proceder sujeito a mandado de segurança e responsabilidade administrativa.

Ou seja, o ato ilegal, normalmente oral, consistente na recusa do recebimento do pedido, seja qual for a justificativa, ensejará mandado

² Art. 105. A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento do benefício.

de segurança e não justifica o ajuizamento de ação previdenciária sem prévia manifestação administrativa.

De mais a mais, não se pode estabelecer presunção de que a pretensão sempre será negada administrativamente, uma vez que ocorrem com frequência pedidos de desistência ou emendas às petições iniciais dos segurados, ficando nesses feitos registrada a obtenção administrativa da carta de concessão do benefício.

Não se pode admitir que o Judiciário seja transformado em verdadeiro balcão do INSS, sendo compelido a aceitar o trâmite de causas que poderiam ter desfecho na órbita administrativa, desonerando as atividades jurisdicionais.

É de se salientar, ainda, que não há qualquer dispositivo constitucional que permita conclusão em sentido contrário ao aqui exposto, embora muitas vezes se invoque o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal para se admitir o trânsito pelo Judiciário sem a prévia postulação administrativa.

Ocorre que tal dispositivo é interpretado erroneamente como se impusesse ou admitisse a substituição do Poder Executivo pelo Judiciário.

O texto constitucional é o seguinte: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A ameaça ao direito, segundo MORAES (2007, p. 237), deve ser plausível, ou seja, concreta, iminente.

Vê-se do constituinte o nítido propósito de se afastar do regime estabelecido pela Emenda Constitucional n. 07 da Carta anterior, que condicionava o acesso ao Judiciário ao esgotamento do caminho administrativo.

Nesse sentido, MORAES, 2007, p. 241:

A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter o provimento judicial (RP 60/224), uma vez que excluiu a permissão que a Emenda Constitucional nº 07 à Constituição anterior estabeleceria, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.

Ocorre que não há, e não poderia haver, lei qualquer que exclua da apreciação do judiciário pretensões de benefícios previdenciários.

A “lesão a direito”, salvo as exceções já mencionadas, só poderá advir com a negativa administrativa do pedido, o que configurará a lide e autorizará a ação. Por outro lado, “ameaça a direito” poderá acontecer na demora injustificada da apreciação administrativa do pedido.

Se a pretensão do benefício previdenciário não for exposta ao órgão administrativo, de modo geral, não haverá “lesão ou ameaça a direito”.

4. A DIFERENÇA ENTRE O PEDIDO E O EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

O pedido é a apresentação inicial da pretensão, é formalização, demonstração de um interesse. Já exaurimento tem o significado de esgotamento, exaustão.

No direito brasileiro não é necessário o exaurimento da instância administrativa, ou seja, havendo negativa do pedido não se pode exigir que o interessado recorra administrativamente até a última instância possível antes de procurar o Judiciário.

Isso porque a negativa da Administração já indica a existência de lide, ou seja, que houve resistência a uma pretensão.

Mas não se deve confundir a dispensa de provocação do Estado na via administrativa com a desnecessidade de exaurimento dessa via.

Há certa ambiguidade da jurisprudência quando trata da exigência do pedido administrativo para configurar o interesse de agir. Muitas vezes tomam-se por sinônimos os conceitos de *requerimento* administrativo e de *exaurimento* da instância administrativa, ignorando-se que retratam situações substancialmente diversas.

Atualmente o Superior Tribunal de Justiça admite similitude entre os dois conceitos e até em decisões monocráticas está decidindo sem distinguir entre provocação e exaurimento da via administrativa, entendendo ser desnecessário o pedido administrativo para o ajuizamento da ação previdenciária.

Nem sempre foi assim, eis que em decisões mais antigas o Superior Tribunal de Justiça diferenciava bem os conceitos, como no

REsp 147.186/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 19/3/1998.

A Turma Nacional de Uniformização (TNU) dos Juizados Especiais Federais tem o entendimento de que “O prévio exaurimento da via administrativa não se confunde com a existência de prévio requerimento junto ao INSS”, como julgado em 13/11/2006 no Processo 200572950068498, por unanimidade, publicação 23/11/2006, Relator Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa.

No seu voto, o relator explica que o feito foi extinto na origem considerando o juiz que o INSS não foi instado administrativamente a conhecer da pretensão e em nenhum momento os documentos juntados aos autos foram submetidos ao exame dos agentes da Autarquia. Relatou, ainda, que a Turma Recursal acrescentou que “o Judiciário não pode substituir a Administração, conferindo direitos que sequer chegaram a ser requeridos – e muito menos negados – em sede administrativa”.

A TNU então decidiu que, uma vez que o INSS não contestara o mérito, a ausência do pedido administrativo, que não se confunde com o exaurimento, leva à extinção do processo sem apreciação do mérito.

Outra decisão da Turma Nacional de Uniformização contém argumento curioso, por pragmático. No acórdão do Processo 200572959961790 o relator, Juiz Federal Alexandre Miguel, em julgamento ocorrido em 18/9/2006 registrou que entender-se desnecessário o pedido administrativo importaria “no aumento extraordinário do número de demandas desnecessárias no âmbito dos JEF’s”, o que comprometeria a celeridade daqueles processos onde realmente haja lide.

Ocorre que também a Justiça Estadual encontra-se assoberbada, talvez até mais que outros ramos do Judiciário, tendo ainda, sem qualquer contrapartida da União, que apreciar causas de competência originária do Poder Judiciário Federal. Ou seja, se argumento como esse é válido para no âmbito dos Juizados Especiais Federais exigir o pedido administrativo de benefício previdenciário, mais ainda o será no âmbito da Justiça Estadual, que age por delegação, não sendo sua a competência natural para tal espécie de ação.

5. A FORMAÇÃO DO PROCESSO SEM PROVA DO PEDIDO ADMINISTRATIVO

Como visto, se o interessado em benefício previdenciário nada pleiteia na esfera administrativa, nada pode reclamar judicialmente, uma vez que em tais circunstâncias a Autarquia Previdenciária sequer toma conhecimento da pretensão e assim, evidentemente, em nada terá resistido.

Não havendo lide, o Judiciário não pode ser procurado.

Então, a petição inicial que não demonstre que a pretensão tenha sido levada ao conhecimento da Administração comporta indeferimento por falta de interesse de agir, nos termos do artigo 295, III, combinado com o artigo 267, I, do Código de Processo Civil.

Entretanto, vê-se que é comum no cotidiano do foro que sejam deferidas as petições iniciais mesmo sem prova da instauração da via administrativa, sendo a Autarquia Previdenciária citada.

Esta pode assumir então uma das seguintes posições: 1) contestar e só alegar a falta de interesse de agir; 2) não contestar e ficar revel; 3) reconhecer a procedência do pedido; 4) contestar arguindo a preliminar, refutando também o mérito.

Na primeira hipótese, quando o INSS nada contesta no mérito, nenhuma oposição é colocada à pretensão e assim, evidencia-se que não há lide. A solução processualmente correta é a extinção do processo sem apreciação do mérito, devendo o juiz reconhecer a falta de interesse de agir.

Mas não se trata de situação comum, talvez por receio dos Procuradores do INSS que são obrigados, pelo princípio da eventualidade, a arguir toda a matéria que favoreça a Autarquia.

É que, na hipótese do juiz rejeitar a preliminar de falta de interesse de agir, ficaria a autarquia indefesa no mérito.

Mas não se pode dizer que ocorra desídia ou inabilidade profissional do Procurador do INSS que assim age. Trata-se de opção que ele deve fazer, mas não sujeita à responsabilidade administrativa, porque não significa necessariamente inépcia profissional.

Sabe-se que, ao contestar, o Réu tem o ônus de arguir tudo que interesse na sua defesa. Isso repercute depois nos limites da eficácia

da coisa julgada, considerando-se que a sentença passada em julgado fica imune a qualquer alegação que pudesse deixar em dúvida a estabilidade de seus efeitos.

Nos termos do art. 474 do Código de Processo Civil representa autêntico ônus ao réu exercitar as faculdades inerentes à eventualidade da defesa porque, ou ele alega todas as defesas que tiver, ou não poderá mais alegá-las depois que o mérito for julgado e a sentença restar coberta pela coisa julgada.

Pelo princípio da eventualidade, ou da concentração da defesa, cada faculdade processual deve ser exercitada dentro da fase adequada, sob pena do ato não poder ser praticado posteriormente. A garantia constitucional da ampla defesa abre portas ao réu para cumular defesas em ordem sucessiva, ainda que logicamente incompatíveis entre si, desde que essa incompatibilidade não chegue ao ponto extremo de caracterizar malícia ou litigância de má-fé.

Por exemplo, o demandado tem o ônus de manifestar-se sobre a causa de pedir deduzida na petição inicial (art. 300, do Código de Processo Civil), especificamente sobre os fatos, incumbindo-lhe formular, de uma só vez, todas as defesas de que dispõe, de caráter formal ou material sob pena de serem presumidos como verdadeiros e considerados como incontroversos (art. 334, III, do Código de Processo Civil).

Ou seja, o ônus de arguir na contestação “toda a matéria de defesa” é consagração do princípio da eventualidade que consiste, pois, na preclusão do direito de invocar em fases posteriores do processo matéria de defesa não manifestada na contestação.

Deve considerar, ainda, que a contestação do mérito levará inevitavelmente ao reconhecimento do interesse de agir superveniente. Com isso restará desprestigiada a atuação administrativa e as partes cada vez mais incentivadas a procurar o Judiciário.

O procurador do INSS deve, então, fazer análise criteriosa se cabível o benefício pretendido e, conforme o caso, deixar de contestar o mérito. Ou seja, deverá calcular o risco de alegar apenas a falta de interesse de agir na contestação, segundo os interesses da Autarquia.

A segunda situação ocorre quando o INSS é revel. Se isso ocorre, não se aplica a pena de confissão ficta do artigo 330 do Código de

Processo Civil, pois não são disponíveis os direitos da pessoa jurídica de direito público.

Se não se aplicam os efeitos da revelia, nem judicialmente há resistência à pretensão, não sendo caso de se falar em interesse superveniente de agir.

Como o juiz deve analisar as condições da ação e pressupostos processuais antes de adentrar ao mérito, conclui-se que a solução também é a extinção do processo sem mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, porque, como visto, só se exerce a jurisdição quando há lide.

Na terceira hipótese, ante o reconhecimento da procedência do pedido, possivelmente o juiz julgará o mérito na forma do artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil, responsabilizando a autarquia Ré pela verba de sucumbência.

Trata-se de desfecho injusto, já que o INSS não recebeu qualquer pedido administrativo e, assim, não teve condições de analisar a pretensão antes que a mesma fosse levada ao conhecimento do Judiciário. E, uma vez levado o pedido ao Judiciário, não apresentou qualquer resistência, reconhecendo de plano a pretensão da parte requerente. Ou seja, tivesse a parte autora apresentado seu pedido primeiramente na esfera administrativa, teria alcançado com mais rapidez seu desiderato sem onerar a função judiciária do Estado.

Como o INSS, nessa hipótese, não deu causa ao surgimento do processo, entendemos que, apesar do reconhecimento do pedido, o mais justo é responsabilizar a parte autora pelas verbas sucumbenciais.

A quarta hipótese trata da situação que mais se repete no cotidiano forense, quando há contestação meritória.

Quando isso ocorre afasta-se a preliminar de ausência de interesse de agir, já que diante da resistência judicialmente compreende-se que mesmo administrativamente haveria oposição à pretensão.

O entendimento de que é possível ao Judiciário apreciar os pedidos formulados sem prévia provocação administrativa prende-se na circunstância de que o Juiz é obrigado a considerar, quando da sentença, fatos e circunstâncias supervenientes, nos termos do artigo 462 Código de Processo Civil: “Se, depois da propositura da ação, algum

fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

Se o réu contesta o mérito, tem-se por evidente que **sobrevém** à parte o interesse de agir. Nessas hipóteses seria até teratológico extinguir o processo para exigir que a parte formule um pedido administrativo que, já sabe, será indeferido, pois manifesta a posição da parte no processo. Nesses casos a contestação de mérito é que evidencia a existência da lide e, com ela, o interesse de agir.

6. A POSSIBILIDADE DO JUIZ DETERMINAR À PARTE QUE FORMULE O PEDIDO ADMINISTRATIVO

Quando a ação é ajuizada sem prova do pedido administrativo, no momento do despacho inicial não haverá, ainda, pleno preenchimento das condições da ação, faltando à parte autora o interesse de agir. Vale dizer, a petição inicial não se apresentará apta.

Como o interesse de agir constitui matéria de ordem pública, sua ausência pode ser conhecida de ofício, independentemente da alegação da parte. Nos termos do artigo 295 do Código de Processo Civil é causa de indeferimento da petição inicial.

Ocorre que é dever do juiz mandar a parte sanar vícios da petição inicial, como expressam MARINONI e ARENHART (2008, p. 89):

Se a petição inicial não possui requisito que lhe é indispensável ou contém defeito ou irregularidade sanável, o juiz tem o dever de conferir ao autor a possibilidade de emendá-la.

Em outras palavras, é expressamente vedado ao juiz indeferir a petição inicial sem dar ao autor a oportunidade de corrigi-la. Nesse sentido, fala-se que o autor tem o direito – obviamente quando for o caso – de emendar a petição, sendo ilegal a decisão que a indefere sem ouvir o jurisdicionado.

Assim, deve-se reconhecer a possibilidade do juiz, ao despachar a petição inicial desacompanhada de prova de pedido administrativo, valendo-se do artigo 284 do Código de Processo Civil, determinar à parte que formule o pedido junto ao INSS em prazo razoável.

Assim fazendo, o juiz concede à parte a oportunidade de sanar o vício da petição inicial e de implementar a condição faltante, o interesse de agir.

Por dois motivos é interessante que o juiz assim proceda. Em primeiro lugar por economia, para “aproveitar o processo”, ou seja, para evitar novo ajuizamento (com distribuição por dependência para a mesma Vara – art. 253, II, do CPC) que fatalmente ocorrerá diante da negativa administrativa que se seguir à extinção do feito.

Em segundo lugar, para não frustrar expectativa da parte, muitas vezes carente e até iludida por advogado que deixou de dar a devida instrução de formular primeiramente o pedido administrativo.

É razoável que o juiz fixe prazo pouco superior a quarenta e cinco dias, que é, nos termos do artigo 41, § 6º, da Lei nº 8.213/91, o prazo para apreciação do pedido na esfera administrativa.

Sobre a possibilidade de emenda da petição inicial em prazo superior a dez dias, assim discorre MIRANDA (1974, p. 28, grifo nosso):

Tem o juiz de ler e examinar, com toda a atenção, a petição inicial, para verificar se foram satisfeitas as exigências constantes do art. 282 e 283. Se há defeitos, omissões, irregularidades e dúvidas, que lhe possam dificultar o julgamento do mérito e de alguma decisão que tenha ou possa ter de tomar o juiz, cabe-lhe determinar que o autor a emende, ou complete, ou esclareça, no prazo de dez dias. Convém – e é dever do juiz – que assim proceda ao ser-lhe apresentada a petição inicial, porém isso não obsta a que, tendo deferido a petição inicial, depois tenha de exigir que o autor satisfaça o que é necessário ou útil para o julgamento.

2) INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – Há petições iniciais, com tal evidente inépcia, ou falta de atendimento ao art. 282 ou ao art. 283, que suscitam o indeferimento imediato. Se tal não acontece, tem o juiz a oportunidade de determinar que o autor satisfaça os pressupostos legais. Para que se respeite o que o juiz mencionou, há o prazo de dez dias. Se o prazo legal se esgota, há o indeferimento. Mas, pergunta-se, se o autor alega e prova que de mais tempo precisa, qual a solução? Ou a) se entende que o autor tem de retirar a petição inicial, para, noutra oportunidade, com pleno atendimento, reapresentá-la ao juiz, ou **b) se admite que o juiz prorrogue ou renove o prazo**, ou c) se deixa ao autor a escolha da solução a) ou da solução b). **Devemos acolher a solução b)**, porque, com ela, o juiz afasta a prorrogação, o que leva à solução a), ou prorroga ou renova o prazo.

Determinando o juiz que a parte demonstre, no prazo que fixar, a negativa ao pedido administrativo ou mesmo demora na sua apreciação, possibilitará o saneamento do defeito da petição inicial apresentada sem o manifesto interesse de agir.

Caso o INSS recuse o benefício postulado administrativamente, ou demore para o apreciar, dará à parte a possibilidade de prosseguir no processo.

Se o INSS conceder o benefício após a apresentação administrativo do pedido, inexoravelmente o processo será extinto com fulcro no artigo 267, VI, combinado com o artigo 295, III, ambos do Código de Processo Civil.

Caso a parte não atenda a determinação, a solução correta é a extinção do processo sem apreciação do mérito pelo indeferimento da petição inicial.

7. CONCLUSÕES

A significativa parcela das ações previdenciárias aforada sem prévia postulação administrativa congestionada desnecessariamente a função judiciária, sobrecarregando as secretarias e juizes com lides muitas vezes artificiais, já que encontrariam solução natural junto à Autarquia.

Não se confundem as funções do Estado, na divisão clássica: administrativa, legislativa e judiciária. Não há autorização para que o Judiciário substitua a Administração e em seu lugar pratique atos administrativos. O Judiciário exerce função de controle, aplicando o direito com o objetivo de pacificação social ao solucionar as lides, substituindo-se a atuação das partes.

É legítimo o estabelecimento de condições da ação. Dentre elas, o *interesse de agir*, consistente na necessidade e utilidade do processo para vencer a resistência da parte adversa.

Consiste a *necessidade* da tutela jurisdicional na impossibilidade de satisfazer o alegado direito sem a intervenção do Estado, seja porque o requerido se nega a tanto, seja porque a própria lei assim exige.

Regra geral, qualifica-se o direito à busca da tutela jurisdicional em matéria previdenciária com a resposta negativa ou inércia da

Administração ao pedido administrativo, pois aí estará configurada a lide. Ou seja, passa a existir a pretensão do cidadão que quer um determinado benefício previdenciário, e, de outro lado, a resistência da Administração, que demora injustificadamente a apreciar o pedido ou o nega.

Assim, apresentada resistência relevante pelo INSS somente o Poder Judiciário poderá removê-la.

Apenas em casos específicos é possível admitir a ação sem o prévio requerimento administrativo, por se configurar a lide de outro modo.

Como a Lei 8.213/91 estabelece como termo inicial de vários benefícios a data do requerimento administrativo, é essencial seja formulado tal pedido, já que explicitará que alguém se vê com direito a algo frente a Administração.

Ainda que se pudesse entender que as falhas da Administração ou a alegação de recusa oral do pedido justificariam o interesse de agir em juízo, não se pode desconsiderar que nos termos do art. 105 da Lei de Benefícios, o INSS não pode recusar o recebimento de qualquer pedido, e, caso o faça, está a autoridade ou funcionário que assim proceder sujeito a mandado de segurança e responsabilidade administrativa.

Não se deve confundir exigência do pedido administrativo com o esgotamento da via administrativa.

Não há qualquer dispositivo constitucional que permita conclusão em sentido contrário ao aqui exposto, embora por vezes se invoque o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal para se admitir o trânsito pelo Judiciário sem a prévia postulação administrativa.

É dever do juiz mandar a parte sanar vícios da petição inicial. Por isso pode (deve), antes de determinar citação do INSS, se a petição inicial estiver desacompanhada de prova de pedido administrativo, determinar à parte que formule o pedido junto ao INSS em prazo razoável, em torno de quarenta e cinco dias.

Se a parte não atender a determinação judicial a solução correta é o indeferimento da petição inicial e extinção do processo sem apreciação do mérito.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1965.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 2. edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Legitimação para agir. Indeferimento da Petição Inicial*, in “Temas de Direito Processual”, Primeira Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, s/d.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR Junior, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

THEODORO Junior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 47. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.