

**ACESSO À JUSTIÇA E NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO
ADMINISTRATIVO: O INTERESSE COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO -
COMENTÁRIOS AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 631.240,
DE RELATORIA DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO¹**

***ACCESS TO JUSTICE AND NEED FOR PRIOR ADMINISTRATIVE
REQUIREMENT: INTEREST AS A CONDITION OF ACTION - COMMENTS ON
EXTRAORDINARY APPEAL No. 631,240, REPORT OF MINISTER LUÍS ROBERTO
BARROSO***

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Desembargador Federal. Presidente da 3ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá (Unesa). Pós-Doutor pela Universidade de Regensburg, Alemanha. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), em doutorado cooperativo com a Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main, Alemanha). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main, Alemanha). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ). Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (IIDP). Membro da

¹ Artigo recebido em 24/08/2020, sob dispensa de revisão.

International Association of Procedural Law (IAPL). Rio de Janeiro/RJ. E-mail: aluisiomendes@terra.com.br

Jorge Luis da Costa Silva

Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Assessor jurídico no Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

RESUMO: O presente artigo analisa o voto condutor proferido e acórdão lavrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240/MG pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. O trabalho encontra-se dividido em três partes, sendo a primeira sobre o prévio requerimento e indeferimento administrativo como condição de acesso à justiça; em seguida, reflexões sobre a construção de precedentes, levando em consideração a necessidade de se promover a abertura democrática processual, da redação precisa e adequada da tese jurídica e da modulação dos seus efeitos; e, por fim, são analisados alguns aspectos do pragmatismo jurídico presentes no voto sob análise.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Interesse de agir. Prévio requerimento administrativo. Condições da ação. Precedentes judiciais. Pragmatismo jurídico.

ABSTRACT: This article analyzes the conducting vote handed down and the bench decision issued by Minister Luís Roberto Barroso, on the occasion of the judgment of Extraordinary Appeal No. 631.240 / MG by the Federal Supreme Court. The work is divided into three parts, the first being the previous application and administrative rejection as a condition of access to justice; then, reflections on the construction of precedents, taking into account the need to promote democratic procedural openness, the precise and adequate wording of the legal thesis and the modulation of its effects; and, finally, there are some aspects of legal pragmatism present in the vote under analysis.

KEY WORDS: Access to justice. Interest in the suit. Previous administrative application. Action conditions. Court precedents. Legal pragmatism.

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias. 2. O prévio requerimento administrativo como condição de acesso à justiça. 3. A adequada construção de precedentes judiciais. 3.1. Abertura democrática processual. 3.2. Redação da tese jurídica do precedente judicial. 3.3. Modulação dos efeitos. 4. Pragmatismo jurídico. 4.1. Externalidades das decisões judiciais. 4.2. De olho no contexto e nas consequências das decisões judiciais. 4.3. Fundamentos pragmáticos adotados no voto proferido pelo Ministro Roberto Barroso. 5. Notas conclusivas.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente artigo tem por objetivo analisar o relevantíssimo voto condutor proferido e acórdão lavrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário (“RE”) nº 631.240/MG, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (“STF”).

O caso teve origem em demanda que buscava a concessão de aposentadoria, proposta por segurada que não tinha formulado prévio requerimento administrativo junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Após ser proferida sentença terminativa pelo Juízo de Direito da Comarca de Teófilo Otoni/MG, sob o fundamento de ausência de pretensão resistida, o caso foi levado à apreciação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Em sede recursal, o Tribunal Mineiro deu provimento ao apelo da parte autora, para anular a sentença recorrida, por entender que a exigência de prévio requerimento administrativo violaria o preceito fundamental do livre acesso à Justiça. Insatisfeito, o INSS interpôs recurso extraordinário, alegando violação aos artigos 2º e 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil.

Após a inadmissão na origem e a interposição de agravo pela Autarquia Federal, o Ministro Joaquim Barbosa admitiu o recurso extraordinário. Em 10 de dezembro de 2010, foi reconhecida a repercussão geral do tema.

Com a aposentadoria do Ministro Joaquim Barbosa, o caso passou à relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que levou o recurso ao Plenário em 03 de setembro de 2014, sustentando o entendimento de que a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível como art. 5º, inciso XXXV da CRFB/1988 e que a desnecessidade do exaurimento da via administrativa não afasta a exigência de formulação de prévio requerimento administrativo como regra. Contudo, o voto procurou analisar, de modo amplo e profundo, a questão, procurando abordar as nuances e possibilidades em torno do tema.

É de se ressaltar, desde logo, a importância deste julgado, pois o assunto encontrava diversidade de interpretação praticamente desde a edição da Constituição de 1988. O tema havia despertado a atenção do primeiro autor deste texto tanto na vida acadêmica quanto profissional, valendo notar que, nas Jornadas Brasileiras de Direito Processual, promovidas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), em 2001, em Fortaleza, Ceará, proferiu palestra² sob o título “Inafastabilidade da prestação jurisdicional à luz do acesso à justiça”, perfilhando o mesmo entendimento que seria consagrado pelo STF. Na atividade judicante, durante o período em que esteve em exercício na primeira instância (1994 – 2005), proferiu inúmeras sentenças, afirmando a constitucionalidade das condições da ação e, por conseguinte, da exigência do interesse, ou seja, da lide ou pretensão resistida, para que se pudesse obter a prestação jurisdicional. No entanto, na época, estas sentenças eram frequentemente modificadas, por força do provimento de recursos, que agasalhavam a ideia de que se poderia requerer benefícios previdenciários diretamente ao Poder Judiciário, sem a necessidade do prévio requerimento e indeferimento por parte da Administração Pública. O enfrentamento e julgamento do Supremo, em acórdão conduzido pelo homenageado, colocou fim, assim, às dúvidas que se mantiveram por quase trinta anos, na academia e nos órgãos judiciais, o que, por si só, já seria motivo de festejo para o mundo jurídico.

² A versão escrita da palestra foi posteriormente retrabalhada e publicada, com ajustes, nas seguintes obras: no livro Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, no ano de 2005, com o título “Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional”, sob a coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 92 – 99; no volume 19 da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, no ano de 2007, p. 61 a 73; no artigo “Revisitando as “condições da ação” à luz do acesso à justiça e da economia no Processo Civil”, no livro *Direito Público e evolução social*, 2ª série, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19 – 30; volume 174 da Revista de Processo, no ano de 2009, sob o título “O acesso à justiça e as condições da ação”, p. 325 – 338.

Os comentários e observações estão agrupados em três partes.

Na primeira, busca-se analisar a exigência de prévio requerimento administrativo como condição de acesso à justiça, levando em consideração o conteúdo do princípio do acesso à Justiça, insculpido no art. 5º, inciso XXXV da CRFB/1988 e a discussão teórica acerca da constitucionalidade das condições da ação, especialmente o interesse de agir.

Logo após, na parte seguinte, trata-se da metodologia de construção das teses dos precedentes judiciais, tendo vista demonstrar a possibilidade e eventual necessidade de formulação de enunciados que resolvam as questões de modo amplo e profundo.

Por fim, examina-se a interpretação pragmática utilizada como ferramenta de fundamentação, a partir da qual são considerados dois importantes aspectos, quais sejam o contextualismo e o consequencialismo.

2. O PRÉVIO REQUERIMENTO E INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO COMO CONDIÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

O princípio do acesso à justiça no direito brasileiro representa construção que vem se desenvolvendo ao longo da história. Nesse sentido, Alcino Pinto Falcão observa que a Carta Imperial de 1824³ já previa – embora com outras palavras – o que mais tarde viria a ser interpretado como direito de inafastabilidade do controle jurisdicional⁴. Contudo, foi somente a partir da Carta de 1946⁵ que o referido princípio passou a figurar expressamente, tendo previsão também na Constituição de 1967⁶ e na Emenda Constitucional de 1969⁷.

A Constituição de 1988 garantiu seu assento no rol dos direitos e garantias fundamentais, elevado ao status de cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, inciso IV⁸. Nesse

³ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...)

XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

⁴ FALCÃO, Alcino Pinto. Dos direitos e deveres individuais e coletivos. In: CUNHA, Fernando Whitaker da [et al]. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, v. 1, p. 253.

⁵ Art. 141, § 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

⁶ Art. 150, § 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

⁷ Art. 153, § 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

⁸ Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

sentido, o art. 5º, inciso XXXV estabelece que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Três aspectos podem e devem ser ressaltados, desde logo, na previsão redacional da Constituição de 1988: (i) a aplicabilidade do princípio não só aos direitos individuais, mas também aos direitos coletivos, em sentido amplo; (ii) o reconhecimento constitucional da garantia diante da *ameaça* ao direito; e (iii) a supressão da possibilidade de condicionamento do acesso à justiça ao exaurimento da via administrativa⁹.

A aplicabilidade do princípio aos direitos coletivos se extrai, em primeiro lugar, da própria topografia legislativa. Na Constituição de 1988, a garantia de acesso à justiça está situada no Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais). Trata-se, portanto, de garantia que diz respeito aos direitos individuais e coletivos. Com isso, a inafastabilidade do controle jurisdicional deixa de estar voltada apenas para a tutela individual, consistindo em clara inovação em relação ao direito anterior. Isso porque, nas Cartas de 1946, 1967 e 1969, a índole individualista manifestava-se de modo claro. Em todas, a menção situava-se na rubrica dos capítulos intitulados “Dos direitos e das garantias individuais” e nas redações praticamente idênticas: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de *direito individual*”.

Do mesmo modo, os textos anteriores silenciaram quanto à proteção à ameaça de lesão. A menção expressa, no texto constitucional atual, salienta caráter indispensável da tutela preventiva¹⁰, especialmente relevante em se tratando de direitos como os da personalidade, dos difusos e coletivos, destacando-se a proteção ao meio ambiente.

Por fim, o terceiro aspecto relevante diz respeito ao fato de que o condicionamento do acesso à justiça ao exaurimento da via administrativa foi reduzido, na Carta de 1988, apenas ao caso da justiça desportiva, por força do art. 217, §§ 1º e 2º da

⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17.

¹⁰ Conforme observação feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence: “A inovadora alusão à plenitude da garantia jurisdicional, não apenas contra a lesão, mas também contra a ameaça a direito, não pode ficar sem consequências, como se se tratasse de um mero reforço retórico. Ela dá ênfase à função preventiva da jurisdição” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 223, Relator: Ministro Paulo Brossard, Relator para acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, Pleno, julgado em 05 de abril de 1990).

Constituição¹¹. Note-se, contudo, que essa modificação não impede a existência restrições legitimamente impostas pelas normas processuais, porque a desnecessidade de exaurimento não significa o desaparecimento da necessidade de se formular, em alguns casos, prévio requerimento junto à Administração Pública. Significa dizer que o direito de ação está sujeito a determinação *condições*.

As condições da ação são “requisitos que esta deve preencher para que se profira uma decisão de mérito”¹²⁻¹³. A rigor, trata-se de condições para o *regular exercício do direito de ação*, sendo certo que a ausência de tais condições não implica inexistência da própria ação. Daí porque, como pontuou o Ministro Roberto Barroso, as decisões extintivas de processos por ausência de condições da ação não violam a inafastabilidade da jurisdição, eis que as condições incidem não propriamente sobre o direito de ação – exercido sempre que se provoca o Judiciário –, mas sim sobre o seu *regular exercício*, o que é necessário para um pronunciamento de mérito. É pertinente observar, nesse sentido, que exigência dessas condições se deve ao princípio da economia processual, pois, nas hipóteses em que estiverem ausentes, não será racional a movimentação do aparato jurisdicional¹⁴.

Nesse contexto e ainda na vigência do CPC/1973, o artigo 267, em seu inciso VI, estabelecia como causa de extinção do processo sem resolução do mérito a ausência de qualquer das condições da ação, quais sejam: a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Com o advento do CPC/2015, a ausência das condições da ação continua sendo fundamento para que o órgão jurisdicional extinga o processo sem resolução do mérito, agora com fundamento no artigo 485, inciso VI. A previsão está em consonância com o disposto no artigo 17, segundo o qual “para postular em juízo é necessário ter interesse e

¹¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Inafastabilidade da prestação jurisdicional à luz do acesso à justiça. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATOAKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 595-596.

¹² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 169.

¹³ Do mesmo modo: “As condições necessárias à prolação de uma sentença de mérito, a lei brasileira, fiel à doutrina predominante aqui e em parte da Europa, as denomina condições da ação, cuja falta acarreta o fenômeno identificado como carência da ação” (BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 48).

¹⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 294.

legitimidade”. Sendo assim, a legitimidade e o interesse de agir continuam integrando o juízo de admissibilidade e seguem associadas ao exercício do direito de ação.

O interesse de agir, enquanto condição para o regular exercício do direito de ação, assenta-se sobre o tripé *necessidade, utilidade e adequação*. A prestação da tutela jurisdicional será *útil*, quando garantir o bem da vida pretendido pelo demandante, proporcionando-lhe situação mais favorável do que a anterior; será *adequada*, quando possuir aptidão para a satisfação da pretensão manifestada; e, finalmente, será *necessária*, quando revelar-se juridicamente imprescindível para a satisfação do direito pretendido a intervenção do Estado-juiz.

A necessidade da prestação jurisdicional – elemento que mais interessa aos propósitos do presente artigo – se faz presente diante da existência da lide, ou seja, do conflito caracterizado por uma pretensão resistida, ou, ainda, da impossibilidade de se lograr o pretendido sem o indispensável processo judicial.

Na linha desse raciocínio, é possível afirmar que, se não há resistência por parte do demandado, como, por exemplo, na hipótese em que o pretendente de um benefício previdenciário sequer protocolou o requerimento do benefício e não havendo qualquer manifestação prévia e contrária do instituto de seguridade apontado como réu, não se pode dizer que haja qualquer empecilho para a concessão do pretendido, não havendo razão para que a via normal administrativa seja substituída pela jurisdição.

Com efeito, o fortalecimento do acesso à justiça não pode conduzir a uma substituição da atividade administrativa, quando se tratar de obrigação *querable* ou que precisa ser requerida. Se, por um lado, o esaurimento da via administrativa, salvo no caso da justiça desportiva, não pode ser mais exigido para o exercício do direito de ação, isso não significa o puro e simples desaparecimento da necessidade de se formular prévio requerimento junto à Administração Pública, na medida que a pretensão administrativa precisa ser apreciada e negada para que se configure a lide, ou seja, o conflito caracterizado pela pretensão resistida. Do contrário, não haverá interesse de agir¹⁵.

¹⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O acesso à justiça e as condições da ação, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 174, pp. 325-338, ago. /2009.

Como já mencionado, o primeiro autor já adotava, de longa data, esse entendimento no exercício da magistratura. Confira-se a propósito, trecho de voto proferido em 26 de março de 2014, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

É cediço que a jurisprudência pátria já fixou entendimento no sentido de que o exaurimento da via administrativa não é requisito necessário para a configuração do interesse de agir, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Entretanto, entendo que, *apesar de não ser exigível o completo esgotamento da via administrativa, se afigura razoável que a parte formule prévio requerimento junto à Administração Pública, haja vista que a pretensão deve ser apreciada e negada para que, somente então, reste configurado o conflito de interesse entre as partes*. Frise-se: o que se exige é apenas uma provocação inicial da Administração e não o completo esgotamento daquela via.¹⁶

O tema relativo à distinção entre prévio requerimento administrativo e exaurimento das vias administrativas foi objeto de discussão no Plenário do Supremo durante o julgamento do recurso sob análise. Levantou-se não haver clara distinção entre o requerimento administrativo e o processo administrativo¹⁷. Nesse contexto, o Ministro Barroso esclareceu que “uma coisa é se exigir o requerimento administrativo que deve obter resposta em quarenta e cinco dias (...) outra coisa é exigir-se o exaurimento da instância administrativa, que pode levar anos”. Com efeito, o exaurimento das vias administrativas pressupõe o esgotamento, inclusive com a interposição de todos os recursos cabíveis na seara administrativa, sendo certo que tal comportamento não pode ser exigido como elemento caracterizador do interesse de agir, sob pena de malferir o princípio do acesso à justiça, eis que importaria excessiva restrição ao seu exercício.

Mas não é só a negativa da Administração Pública que tem o condão de caracterizar a pretensão resistida. Em alguns casos, a demora na apreciação do requerimento administrativo é o suficiente para demonstrar a resistência e justificar o interesse agir da

¹⁶ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 0005014-53.2010.4.02.5001, Relator: Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Quinta Turma Especializada, julgado em 26 de março de 2014.

¹⁷ Veja-se a inquietação do Ministro Marco Aurélio: “Em que pese à inteligência do ministro Luís Roberto Barroso, o jogo, que aponto até mesmo sutil, de palavras, não vejo distinção entre o requerimento e o processo administrativo. Para que o requerimento, na área administrativa, senão para formar um processo e ter-se resposta, considerado o direito até mesmo de petição, a esse requerimento?”

parte. O primeiro autor deste texto teve a oportunidade de se manifestar nesse sentido em recurso julgado em dezembro de 2012:

Como se verifica da documentação acostada às fls. 32/47, através do procedimento administrativo nº 10768.005216/93-06, foram incluídas no SIAPE, em 24/01/2005, como verbas de exercícios anteriores devidas à autora as diferenças havidas a título de pensão referentes aos exercícios de 1993 a 1997.

No entanto, até 2008, quando proposta a presente demanda, os referidos valores ainda não haviam sido creditados à autora. *Se, por um lado, não houve o indeferimento administrativo da pretensão da autora, por outro, há que se reconhecer que tamanha demora no efetivo pagamento dos créditos, sem nenhuma indicação de que este estaria próximo, representa, ainda mais para uma idosa, substancial resistência por parte da administração.*¹⁸

Assim, a exigência de prévio requerimento administrativo se satisfaz com o exercício do direito de petição na seara administrativa seguido de uma resposta negativa ou de uma inércia por parte da Administração. Satisfeitas tais circunstâncias, tem-se por cumprido o requisito da lide, uma vez que estará caracterizada a *resistência*, expressa ou velada, contraposta à *pretensão*. De fato, somente a resistência da parte contrária, caracterizada pela negativa após o prévio requerimento administrativo ou pela excessiva demora na sua apreciação, teria o condão de caracterizar efetiva *lesão* ao direito.

Naturalmente, esse raciocínio só se aplica aos casos em que a pretensão da concessão de determinada vantagem jurídica depende de uma postura ativa do interessado, como é o caso dos benefícios previdenciários. Tratando-se de pretensões cuja vantagem jurídica deve ser automaticamente conferida ao interessado – e, portanto, que não exigem a formulação de um pleito – é evidentemente dispensado qualquer requerimento prévio. Basta pensar, para fins ilustrativos, em atraso salarial. Nesse caso, como o pagamento da verba não depende de qualquer postura ativa do beneficiário – além, é claro, da sua própria contraprestação no serviço ou laboral –, eventual atraso é o suficiente, por si só, para

¹⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 0026316-03.2008.4.02.5101, Relator: Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Quinta Turma Especializada, julgado em 18 de dezembro de 2012.

caracterizar a *lesão* ao direito, sendo dispensada qualquer demonstração de prévio requerimento administrativo.

Em 2011, em acórdão da Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o primeiro autor teceu comentários semelhantes no seu voto:

Obviamente, há obrigações, deveres do poder público que ele deve praticar de ofício ou até continuar praticando, por exemplo - e, nesse caso, vamos falar em causa própria -, efetuar o pagamento dos Magistrados, do Ministério Público e dos servidores. Todo mês, ele deve fazer o devido aporte e o devido pagamento. Não precisa ficar todo mês requerendo ao poder público para criar uma pretensão resistida. Ele tem esse dever e, descumprindo, já surge o interesse, pelo menos dos que devem receber esses subsídios, vencimentos etc., de ingressar em juízo.

Outros atos precisam do devido requerimento. Porte de arma. O poder público não é obrigado a dar a cada cidadão que nasce no País um porte de arma. Mesma coisa: aposentadoria, que também tem que ser requerida, deve-se apresentar documentos, requerimento. Também neste caso o registro de uma marca.

A pretensão só estará sendo resistida pelo poder público a partir do momento em que ele negar esse registro. Antes disso, não há a pretensão alguma resistida.¹⁹

Por outro lado, a *ameaça* ficaria caracterizada nas hipóteses em que, mesmo não havendo prévio requerimento na via administrativa, a parte adversa já tenha externado sua manifestação em sentido contrário à pretensão em casos análogos.

Com base nessas considerações, é possível concluir que a exigência é, em última instância, de demonstração da *pretensão resistida*, que pode ser caracterizada pelo requerimento administrativo indeferido, não apreciado ou, ainda, pela prévia manifestação da Administração Pública em sentido contrário à pretensão, como bem sistematizado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

3. A ADEQUADA CONSTRUÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS

¹⁹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2008.51.01.807262-5, Relator: Des. Fed. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Primeira Turma Especializada, julgado em 25 de janeiro de 2011.

3.1. ABERTURA DEMOCRÁTICA PROCESSUAL

No caso sob análise, a preocupação com a legitimidade democrática da decisão não passou despercebida. Com efeito, foi admitido o ingresso, como *amicus curiae*, da União, da Defensoria Pública-Geral da União e do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (“IBDP”).

A importância da atuação do *amicus curiae* já foi tratada pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.321-7/DF, relatada pelo Ministro Celso de Mello, ocasião em que se reconheceu expressamente sua relevância na legitimação democrática das decisões do tribunal:

PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO “AMICUS CURIAE”: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL.

- O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do “*amicus curiae*”, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

A intervenção do “*amicus curiae*”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.

- A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “*amicus curiae*” no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.

Mais recentemente, o tema voltou a ser tratado no voto do Ministro Edson Fachin, no bojo da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.858/DF:

O *amicus curiae* revela-se como importante instrumento de abertura do STF à participação na atividade de interpretação e aplicação da Constituição, o que não apenas se restringe ou se pode restringir aos processos de feição objetiva. Como é sabido, a interação dialogal entre o STF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da Corte, tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito.

No caso do Recurso Extraordinário nº 631.240, não somente houve a admissão da intervenção de terceiros, como suas alegações integraram o próprio relatório da decisão, estabelecendo efetivo diálogo processual.

Em suas manifestações, a Defensoria Pública-Geral da União e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário alegaram que há locais em que não há agência da Previdência Social próxima, o que significaria impor um excessivo ônus aos segurados para formulação de prévio pedido administrativo. A alegação foi devidamente refutada pelo Ministro Relator:

[...]. Alega-se que muitos beneficiários não teriam condições de percorrer longas distâncias para ingressar com um requerimento administrativo, o que deveria justificar o acesso direto ao Poder Judiciário. Porém, segundo dados disponíveis na página eletrônica da Previdência (<http://agencia.previdencia.gov.br/e-aps/servico/741>), o INSS hoje possui mais de 1.500 (mil e quinhentas) unidades de atendimento, fixas e móveis. Além do atendimento presencial, existe a Central de Atendimento 135, que permite a obtenção de informações e a formulação de requerimentos e agendamentos por telefone, gratuitamente. No ano de 2012, a referida central realizou um total de quase cinquenta e oito milhões de atendimentos. Além disso, a página eletrônica da Previdência presta serviços semelhantes, e, segundo os memoriais ofertados, recebe mais de sessenta milhões de visitas por ano.

Deste modo, apesar de certamente haver carências ainda a serem sanadas, a estruturação da rede de atendimento hoje existente não justifica a fixação de um parâmetro espacial abstrato para permitir o ingresso diretamente em juízo (inexistência de agência da Previdência Social na cidade ou a uma certa distância

do domicílio do segurado), o que não cuidaria adequadamente de múltiplos casos concretos.

O Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário também afirmou que há situações em que o INSS nunca concede benefícios, de modo que não faria sentido exigir requerimento administrativo prévio. A alegação foi oportunamente considerada e incorporada na tese jurídica proposta pelo Relator: “a exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado”.

As referidas manifestações ainda sugeriram a modulação dos efeitos de eventual provimento do recurso, medida que foi acolhida pelo Relator do recurso e determinada pelo Plenário da Suprema Corte.

Como se vê, houve profunda preocupação em garantir a participação dos terceiros interessados, na condição de *amicus curiae*, e mais: promover o adequado diálogo entre os sujeitos processuais, fossem partes – em sentido estrito – ou não.

3.2. REDAÇÃO DA TESE JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Como já se afirmou, “os precedentes precisam dispor de clareza, solidez e profundidade nos seus fundamentos, pois, do contrário, dificilmente serão respeitados e seguidos”²⁰. Isso não significa que este cuidado não tenha que estar presente em todas as decisões judiciais. De fato, todas as decisões judiciais precisam estar fundamentadas, mas, se não representam inovação, mas simples aplicação de precedentes, poderão, naturalmente, se valer dos fundamentos e, conseqüentemente, da clareza, solidez e profundidade contidos no *leading case*. Portanto, a preocupação reforçada com a fundamentação seria inerente aos precedentes e também às decisões que venham a se distanciar do precedente, seja a partir do *distinguishing* ou do *overruling*.

Nesse sentido, um importante aspecto no voto proferido pelo Ministro Roberto Barroso diz respeito à técnica de redação da tese jurídica firmada. A tese jurídica formulada constitui um enunciado geral e abstrato – características normalmente associadas ao texto

²⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 87.

legislativo – destinado a regular concretamente as situações jurídicas similares ao caso concreto subjacente.

Nesse sentido, extrai-se do presente caso o seguinte enunciado geral e abstrado: *“a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise”*.

Essa previsão, por si só, seria o suficiente para resolver o caso concreto levado à julgamento. Contudo, foram formuladas subteses, decorrentes ou relacionadas com a tese principal, a partir da prospecção de outros cenários. Assim, na hipótese de entendimento reiterado da Administração em sentido contrário à pretensão da parte, aplica-se a subtese no sentido de que: *“a exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado”*.

Há, ainda, circunstâncias nas quais nenhuma dessas teses são suficientes, dadas as distinções fáticas. É o caso, por exemplo, em que se pretende a revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício já concedido. Nesses casos, dispensa-se o prévio requerimento, nos termos da seguinte subtese: *“na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão”*.

O propósito e o resultado são merecedores de elogios, porque, em um só processo, foram fixadas várias teses distintas, considerando os possíveis cenários envolvendo requerimento de benefício previdenciário. A medida privilegia, antes de qualquer coisa, a economia processual, pois evita que novos processos cheguem ao Supremo Tribunal Federal para discutir questão similar, com sutis diferenças fáticas.

Essa técnica de redação de tese jurídica em precedente pode – e deve – ser utilizada, sempre que possível, nas hipóteses previstas no artigo 927 do CPC/2015. Do contrário, o problema, que era complexo, por envolver situações distintas, porém relacionadas, poderia continuar ensejando dúvidas de interpretação, diante das variáveis

possíveis. Por isso, se tem entendido, com razão, que a função jurisdicional dos tribunais, na realidade contemporânea, tem e deve assumir uma acepção mais ampla, no sentido de priorizar a resolução de controvérsia sobre as questões jurídicas e não apenas de julgar o caso concreto, propiciando, desse modo, uma maior segurança jurídica na sociedade.

3.3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS

O julgamento foi exemplar também no que diz respeito à fórmula de transição para lidar com as ações em curso. A própria União, na condição de *amicus curiae*, externou sua preocupação com eventual provimento do recurso, pois geraria a anulação de milhares de processos judiciais sobrestados, que teriam de retornar à fase administrativa, o que inviabilizaria o funcionamento das agências do INSS, já sobrecarregadas²¹.

Para lidar com a situação, o Ministro Relator estabeleceu uma fórmula de transição para aplicação da tese aos processos em curso, dividindo-os em três grupos: (i) processos ajuizados no âmbito de Juizado Itinerante; (ii) processos em que o INSS já tenha apresentado contestação de mérito; e (iii) processos que não se enquadram nos grupos anteriores.

Com relação ao *primeiro grupo*, ficou estabelecido que a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito. Isso, porque os Juizados Itinerantes são iniciativas organizadas pelo Poder Público para promover o acesso à Justiça em comunidades usualmente remotas, com dificuldade de acesso aos serviços públicos em geral. Assim, extinguir as ações já ajuizadas nesse contexto frustraria as expectativas dos jurisdicionados e desperdiçaria um enorme esforço logístico.

No que se refere ao *segundo grupo*, também não haveria que se falar em extinção do processo por ausência do interesse de agir, eis que esse elemento estaria caracterizado pela resistência à pretensão demonstrada nos autos do próprio processo.

²¹ O argumento procede, naturalmente, sob o prisma da preocupação com os direitos sociais envolvidos. Entretanto, suscita preocupação uma certa tendência de esvaziamento da atividade administrativa, que se contenta com a negativa geral ou prefere se manter inerte, optando por transferir ao Poder Judiciário a realização da atividade administrativa de recebimento e análise dos requerimentos, no caso, previdenciários. A conduta, até mesmo irresponsável, é deletéria e leva a uma ideia de desnecessidade de órgãos administrativos, que, no entanto, continuariam a representar custos para o Estado, ainda que desprovidos de função prática.

Já os processos do *terceiro grupo* deveriam observar determinações específicas. Assim, deveriam ser baixados ao juiz de primeiro grau para intimar o autor a proceder ao pedido administrativo, no prazo de 30 dias, sob pena de extinção do processo por falta de interesse de agir. Uma vez comprovada a postulação administrativa pelo autor, o juiz deveria intimar o INSS para se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, o dobro do prazo legal (art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991), em razão do volume de casos acumulados. Se o pedido fosse acolhido administrativamente ou não pudesse ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extinguir-se-ia o processo. Do contrário, estaria caracterizado o interesse em agir e poderia prosseguir.

O caso concreto subjacente, diga-se de passagem, enquadrava-se no terceiro grupo, motivo pelo qual o dispositivo ficou assim redigido:

Diante de todo o exposto, manifesto-me no sentido de dar parcial provimento ao recurso, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o juiz deverá intimar o INSS para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado da análise administrativa será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir.

Como se vê, a decisão de modulação dos efeitos em relação aos casos sobrestados revelou legítima preocupação com as consequências do julgado. É justamente desse pragmatismo jurídico que o próximo tópico pretende se ocupar.

4. PRAGMATISMO JURÍDICO

4.1. EXTERNALIDADES DAS DECISÕES JUDICIAIS

Em Economia, se diz que as ações dos indivíduos algumas vezes têm efeitos colaterais sobre o bem-estar de outros indivíduos. Isso, porque a tomada de decisões atomizadas tende à maximização das vantagens individuais, sem levar em consideração os custos sociais decorrentes das referidas escolhas. Esses efeitos colaterais são denominados

como *externalidades*, que podem ser *positivas*, quando geram benefícios externos, ou *negativas*, quando provocadoras de custos externos²². Quando os indivíduos levam em conta as externalidades ao tomar decisões, Paul Krugman e Robin Wells explicam que eles internalizam as externalidades, de modo que a tendência é a redução dos custos externos²³.

O raciocínio desenvolvido pelas Ciências Econômicas é pertinente, porque, assim como as decisões dos agentes econômicos, as judiciais também acarretam *externalidades*, isto é, produzem efeitos para além das partes diretamente envolvidas na relação processual.

Com efeito, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro já anunciava, desde 1999, que o princípio da utilidade, informador do acesso à justiça, “autoriza, sempre que possível, que a coisa julgada possa atingir um número maior de pessoas do que aquele que tradicionalmente alcança e, ainda, com um maior limite objetivo prático”²⁴. O autor via nisso a tendência do processo civil brasileiro de estender o resultado de decisões a outras pessoas que não participaram do processo e que estejam em situação idêntica. Não foi outra a constatação de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, ao afirmar que “as decisões proferidas pelos tribunais, cada vez mais produzem efeitos para além do caso concreto, gerando a ampliação dos limites da coisa julgada”²⁵.

De fato, os clássicos exemplos de Caio e Tício não comportam mais as novas tendências do direito processual, cada vez mais caracterizado por conflitos complexos – entre entidades públicas, bancos, companhias, acionistas, investidores e grupos econômicos – e seriados, decorrentes das relações de massa²⁶. Nesse sentido, o Direito Processual

²² Confira-se, a propósito: KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Trad. Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 130.

²³ Confira-se, a propósito: KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Trad. Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 398.

²⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 89.

²⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: Limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV, 2017, p. 202.

²⁶ Sobre o tema: “Os professores costumam falar de Caio e de Tício, lecionando o Direito Romano, mas hoje em dia as relações jurídicas não são exatamente entre Caio e Tício, mas, sim, entre bancos, companhias que vendem produtos ou serviços em escala, servidores públicos, tributos, isto é, relações de massa e, por isso, há essa quantidade de demandas repetitivas que chegam ao Judiciário. Nesse contexto, foi elaborado esse sistema de gestão calçado basicamente em dois instrumentos que são os recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Desafios e perspectivas da justiça no mundo contemporâneo, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 20, nº 3, set.-dez./2019, p. 28).

Coletivo – com o sistema das ações coletivas e de resolução dos casos repetitivos – tem confirmado a tendência apontada por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, no sentido de expansão dos efeitos do pronunciamento para além do caso concreto.

Essas circunstâncias chamam a atenção para o fato de que, ao proferir decisões judiciais, sobretudo aquelas com aptidão para produzir efeitos extensivos a outros sujeitos, os magistrados devem estar cada vez mais atentos às consequências, não só jurídicas, mas econômicas, sociais e políticas.

Oportuna, nesse contexto, é a observação de Piero Calamandrei: “não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; seria necessário que conhecessem igualmente a sociedade em que essas leis devem viver”. O processualista florentino, então, arremata: “o tradicional aforismo *iura novit curia* não tem nenhum valor prático se não acompanha deste outro: *mores novit curia*”²⁷.

4.2. DE OLHO NO CONTEXTO E NAS CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES JUDICIAIS

O pragmatismo jurídico é, no dizer de Luís Roberto Barroso, uma das principais correntes filosóficas do direito contemporâneo, cujo elemento constitutivo essencial é o consequencialismo. Para essa concepção, ensina o autor, as consequências e resultados práticos das decisões judiciais, tanto em relação ao caso concreto, como ao sistema como um todo, devem ser o fator decisivo na atuação dos juízes e tribunais²⁸.

Na linha desse raciocínio, tão importante quanto fundamentar juridicamente a decisão judicial, é desenvolver um raciocínio consequencialista e contextualista a respeito dos seus desdobramentos.

No exercício da magistratura, o Ministro Roberto Barroso já externou essa preocupação em algumas oportunidades, das quais duas merecem destaque.

Primeiro caso – Habeas Corpus nº 126.292/SP. A Suprema Corte foi instada a se manifestar sobre a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ao acompanhar o Ministro Relator Teori Zavascki,

²⁷ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 120.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 425-426.

o Ministro Roberto Barroso sustentou que “a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade”.

Assentou sua conclusão em três *fundamentos jurídicos*, quais sejam: (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes; (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal.

Sem prejuízo disso, o Ministro Barroso consignou que o caso sob julgamento constituía um *hard case*, a exigir do intérprete “uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das *consequências práticas de suas decisões*”.

Dessa forma, lançou mão de outros três *fundamentos pragmáticos* que reforçam a opção pela linha interpretativa adotada. Segundo o Ministro, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

Segundo caso – Recurso Extraordinário 635.659. Foi interposto recurso extraordinário, no qual se discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, a lei de drogas, que tipifica como crime o porte de drogas para consumo pessoal. Na sessão de julgamento do dia 10 de setembro de 2015, o Ministro Barroso consignou que a

descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas.

Para sustentar sua conclusão, apresentou as seguintes razões jurídicas: (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.

Mais uma vez, ao lado das razões jurídicas, o Ministro elencou as razões pragmáticas que justificam a posição assumida, quais sejam: (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública.

Como se vê, as possíveis consequências e o contexto da decisão judicial devem constituir objeto de preocupação dos julgadores, lado a lado das preocupações de ordem eminentemente jurídica e deontológica.

4.3. FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS ADOTADOS NO VOTO PROFERIDO PELO MINISTRO ROBERTO BARROSO

O pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a exigência de prévio requerimento administrativo nas ações previdenciárias.

Em *primeiro lugar*, o Poder Judiciário é incapaz de absorver o trabalho, essencialmente administrativo, desempenhado pelo INSS. Segundo dados constantes dos Boletins Estatísticos da Previdência Social, são realizados anualmente cerca de cinquenta milhões de atendimentos nas Agências da Previdência, dos quais aproximadamente oito milhões são pedidos administrativos de concessão de benefícios.

Em *segundo lugar*, o tempo de espera para satisfação do direito na seara administrativa é menor do que o tempo de tramitação de um processo judicial. Conforme esclareceu o Ministro, o tempo médio de espera pela decisão administrativa do INSS é de 30 dias e, para agendamento de perícia, o tempo médio de espera está entre 20 e 30 dias. Por outro lado, o tempo médio de tramitação nos Juizados Especiais Federais, instância que absorve 79% das demandas envolvendo o INSS, é de 1 ano, 8 meses e 15 dias.

Finalmente, em *terceiro lugar*, a dispensa do prévio requerimento administrativo impõe uma sobrecarga ao Poder Judiciário que compromete a prestação da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. Nesse aspecto, ressaltou o Ministro que a subversão da função jurisdicional, por meio da submissão direta dos casos sem a prévia análise administrativa, gera uma tendência de aumento da demanda sobre os órgãos judiciais competentes para apreciar esta espécie de pretensão, sobrecarregando-os ainda mais, em prejuízo de todos os que aguardam a tutela jurisdicional.

Perceba-se que tais considerações são contextualizadas, porque levam em consideração dados estatísticos e atuais, e consequenciais, tendo em vista que observam as capacidades (e limitações) do Poder Judiciário frente à demanda que deve ser dirigida ao INSS.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

Ao tratar de aspectos da teoria da argumentação jurídica, Luís Roberto Barroso ensina que existem três parâmetros que devem ser observados: (i) a necessidade de fundamentação normativa; (ii) a necessidade de respeito à integridade do sistema; e (iii) o peso a ser dado às consequências concretas da decisão²⁹.

Em *primeiro lugar*, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar os fundamentos normativos que lhe dão sustentação. Essa argumentação construída no voto proferido pelo Ministro Barroso foi objeto de análise no primeiro tópico deste artigo, em que se demonstrou que a exigência de prévio requerimento administrativo para o regular exercício do direito de ação não fere a garantia de acesso à justiça, antes, porém, garante seu exercício racional e preserva o princípio da economia processual.

Em *segundo lugar*, a argumentação jurídica deve preservar a integridade do sistema, de modo que o intérprete deve ter compromisso com a unidade, com a continuidade e com a coerência da norma jurídica. Esse aspecto também foi objeto de cotejamento no segundo tópico deste artigo, ocasião em que se observou que as medidas relacionadas à modulação dos efeitos da decisão e da precisa definição dos limites objetivos das teses

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 366.

fixadas demonstram que o voto contribui na consolidação do sistema de precedentes no direito brasileiro.

Finamente, em *terceiro lugar*, o intérprete não se pode perder no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação. De fato, ao levar em consideração o contexto do Poder Judiciário e a escassez de recursos – humanos, materiais e tecnológicos – para fazer frente às demandas previdenciárias, o Ministro Barroso procurou viabilizar a promessa de uma prestação jurisdicional atenta à realidade que existe fora dos Tribunais.

O voto proferido pelo Ministro Roberto Barroso demonstra um importante – e por que não dizer, indispensável – atributo do magistrado: a capacidade de equilibrar, nas suas decisões, a previsão normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo). Esse modo de agir, lecionado pelo Professor Luís Roberto Barroso em seu “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo” e nas aulas ministradas na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, tem sido atenta e exemplarmente observado pelo Ministro Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 223, Relator: Ministro Paulo Brossard, Relator para acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, Pleno, julgado em 05 de abril de 1990.
- _____, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 0005014-53.2010.4.02.5001, Relator: Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Quinta Turma Especializada, julgado em 26 de março de 2014.
- _____, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 0026316-03.2008.4.02.5101, Relator: Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Quinta Turma Especializada, julgado em 18 de dezembro de 2012.

- _____, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2008.51.01.807262-5, Relator: Juiz Federal Convocado Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Primeira Turma Especializada, julgado em 25 de janeiro de 2011.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. 1.
- FALCÃO, Alcino Pinto. Dos direitos e deveres individuais e coletivos. In: CUNHA, Fernando Whitaker da [et al]. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, v. 1.
- KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Trad. Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 92 – 99.
- _____. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, vol. 19, 2007, p. 61 a 73.
- _____. Desafios e perspectivas da justiça no mundo contemporâneo, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 20, nº 3, pp. 20-32, set.-dez./2019.
- _____. Inafastabilidade da prestação jurisdicional à luz do acesso à justiça. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATOAKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- _____. Incidente de resolução de demandas repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- _____. O acesso à justiça e as condições da ação, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 174, p. 325-338, ago./2009.

- _____. Revisitando as “condições da ação” à luz do acesso à justiça e da economia no Processo Civil. In: *Direito Público e evolução social*, 2ª série, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19 – 30.
- _____. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação*: Limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV, 2017.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.