

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DAYANE APARECIDA DA COSTA GAMA

**OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E A EXIGÊNCIA DE
PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO: UMA
ANÁLISE DO ART. 5º, XXXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E
DOS PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

VITÓRIA
2022

DAYANE APARECIDA DA COSTA GAMA

**OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E A EXIGÊNCIA DE
PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO: UMA ANÁLISE
DO ART. 5º, XXXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS
PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito
para obtenção do título de bacharela em Direito.
Orientadora: Professora Aline Simonelli Moreira.

VITÓRIA

2022

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por me conceder a vida, saúde e sanidade, assim como pelas oportunidades que me foram concedidas nesse trajeto acadêmico desafiador.

Aos meus pais, Ediney Basílio Gama e Meiridiane Aparecida da Costa Gama, que sempre cumpriram seus respectivos papéis de pai e mãe com muito orgulho, sabedoria e muito apoio, carinho e dedicação. Com certeza, sem eles, não estaria neste momento.

Uma menção honrosa aos meus avós, Nilo Costa e Margarida Freitas, ao qual sempre me deram suporte e base familiar para viver, além de muito conhecimento. Estendendo ao Sr. Michel Lemos Souza, que é a minha base de tudo e ao meu irmão, Ediney Basílio Gama.

Agradeço também a todos meus familiares e amigos pelo apoio e pelo incentivo na minha caminhada.

Agradeço à minha orientadora Dra. Aline Simonelli por aceitar o desafio de conduzir o meu Trabalho de Conclusão de Curso e por todo conhecimento compartilhado comigo.

Por fim, agradeço à Faculdade de Direito de Vitória (FDV) pela estrutura e pelo ensino de qualidade, bem como pela oportunidade de estar diante desta banca examinadora qualificada.

RESUMO

O presente estudo analisou a exigência de prévio requerimento administrativo dos benefícios previdenciário à luz do art. 5º, XXXV da Constituição Federal e dos princípios basilares da administração pública, no que diz respeito às controvérsias encontradas, as situações concretas e a constitucionalidade. No primeiro capítulo foram analisadas as condições da ação previstas no Código de Processo Civil, analisando a legitimidade da exigência de prévio requerimento administrativo como requisito necessário a configuração do interesse de agir, no aspecto necessidade. Através de análises doutrinárias e investigações jurisprudenciais, este estudo concluiu que o principal fator gerador da insegurança jurídica e discricionariedade nos processos previdenciários é a dificuldade de aplicar o Direito de maneira homogênea com o conceito de justiça diante de uma situação concreta, bem como a deficiência de fontes formais diretas, passando a discussão à observação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição em relação a referida exigência. No segundo capítulo, este estudo verificou os efeitos do princípio da inafastabilidade da jurisdição através de uma análise da relação previdenciária. No terceiro capítulo, foram expostas as correntes doutrinárias e jurisprudenciais contrapostas, momento em que foi apresentado o posicionamento adotado neste estudo, defendendo a garantia do acesso à justiça dos segurados, bem como o princípio da inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, garantindo-se assim a segurança jurídica, concluindo-se, portanto, pela viabilidade e constitucionalidade da exigência de prévio requerimento administrativo, vez que, conforme estudado, este requisito, *per si*, não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Todavia, em todas as hipóteses o princípio constitucional consagrado no art. 5º, inciso XXXV deve prevalecer.

Palavras-chaves: DIREITO PREVIDENCIÁRIO; EXIGÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	08
1.1 O INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO E A EXIGÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO FIXADA NO RE 631.240/MG.....	10
1.1.1 A DISCUSSÃO ACERCA DO CONCEITO DE “ENTENDIMENTO NOTORIAMENTE CONTRÁRIO À PRETENSÃO DO INTERESSADO”	12
2 DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.....	14
2.1 DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E OS RESPECTIVOS EFEITOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO.....	19
2.2 CASOS PRÁTICOS.....	23
2.2.1 DO PRÉVIO PEDIDO DE PRORROGAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS.....	24
2.2.2 O INTERESSE DE AGIR NO PEDIDO JUDICIAL DE APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE ANTE O PRÉVIO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA.....	26
3 DAS CONTROVÉSIAS EM TORNO DA EXIGÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO....	28
3.1 CORRENTES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS CONTRAPOSTAS.....	28
3.2 POSICIONAMENTO ADOTADO.....	29
CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS	37

INTRODUÇÃO

O princípio da inafastabilidade da jurisdição foi consagrado na ordem constitucional brasileira no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1998), o qual prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Para Bertolo e Ribeiro (BERTOLO; RIBEIRO; 2015, fls. 105) o referido princípio objetiva fomentar resoluções de conflitos extrajudiciais.

Desse modo, depreende-se que surge para o Poder Judiciário o poder-dever de atuar como Estado-Juiz na resolução de lides, em detrimento de quaisquer restrições ou violações que o cidadão possa sofrer ao buscar o Judiciário, protegendo e garantindo o acesso à justiça.

Ocorre que a consolidação do princípio da inafastabilidade se depara com diversos obstáculos no próprio ordenamento jurídico, em especial no Direito Previdenciário, em razão das peculiaridades da matéria, surgindo a necessidade de se discutir a aplicação do princípio na esfera administrativa, vez que embora seja assunto tema já muito debatido nos Tribunais, é tema frequente e atual nas lides forenses.

Desse modo, o próprio sistema constitucional vigente e o Supremo Tribunal Federal no precedente vinculante do Recurso Extraordinário 631.240 (STF. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014), determinou que no Direito Previdenciário o prévio requerimento administrativo ou a demora administrativa em julgar o benefício buscado é condição necessária ao exame do mérito no processo judicial, formando o tema 350, de modo a restringir a atuação do Judiciário, mitigando os efeitos do princípio da inafastabilidade em prol da garantia de ordem legal, como o *check and balance*.

Como consequência, nos processos judiciais buscando benefício previdenciário, o interesse de agir apenas restará configurado quando realizado requerimento administrativo prévio do benefício previdenciário, ressalvados os casos de exceções que serão discriminados neste estudo, de modo que, inobservada a exigência

supracitada, o processo judicial será extinto sem resolução do mérito, na forma do art. 485, inciso VI da Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Retoma-se, portanto, o ponto em que o presente trabalho visa abordar, tal qual, o das controvérsias acerca da exigência do prévio requerimento administrativo como condição da ação nos processos previdenciários, à luz do art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1998) e dos princípios basilares que regem a atuação da administração pública.

Nessa senda, verificam-se no ordenamento jurídico algumas hipóteses de exceção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, nos dizeres de José Roberto Liberal:

[...] em se tratando de pretensão previdenciária, o acesso à jurisdição [...] não pressupõe anterior exaurimento da via administrativa, mas exige, em regra, para configuração do interesse processual de agir, uma das condições da ação, qual seja, o prévio requerimento no âmbito administrativo, por entender que há, na espécie, peculiaridades que justificam tal condicionante, especialmente a necessidade de iniciativa do segurado. (LIBERAL, 2018. P. 247)

De mais a mais, deve-se recordar que, pelo princípio da fungibilidade, na seara administrativa, a Autarquia Previdenciária possui o dever-poder de analisar a possibilidade de concessão do melhor benefício que tem direito o segurado, conforme consagrado no Recurso Extraordinário 630.501, emanada do Excelso Supremo Tribunal Federal (STF, Relatora: Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento: 21/02/2013).

Sabendo disso, surgem muitas problemáticas em torno do tema, que é complexo e merece uma análise crítica.

O presente estudo se propôs, mediante análise dogmática, pesquisa bibliográfica e documental, a explorar as condições da ação no Direito Previdenciário à luz do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, bem como explorar a aplicação autônoma do referido instituto e dos princípios basilares que regem a atuação da Autarquia Previdenciária, para, ao final delinear a configuração do interesse de agir, diante das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes sobre o requisito tão polêmico de prévio requerimento administrativo

No primeiro capítulo foram analisadas as condições da ação previstas no Código de Processo Civil, analisando a legitimidade da exigência de prévio requerimento administrativo como requisito necessário a configuração do interesse de agir, no aspecto necessidade.

Neste mesmo tópico, este estudo se aprofundou nas exceções à exigência de prévio requerimento administrativo, tema importante, vez que conforme analisado neste trabalho, o ativismo judicial, em razão da discricionariedade causam grave insegurança jurídica, passando a analisar a discussão acerca do conceito de “entendimento notoriamente contrário à pretensão autoral”.

Através das pesquisas realizadas, este estudo buscou investigar o fator gerador da insegurança jurídica e da discricionariedade nos processos previdenciários diante de situações concretas e deficiências encontradas no processo previdenciário.

No segundo capítulo, este estudo verificou os efeitos do princípio da inafastabilidade da jurisdição através de uma análise da relação previdenciária, buscando perquirir se a exigência de prévio requerimento administrativo como requisito necessário a condição da ação, *per se*, viola a referida cláusula pétrea, para tanto foi realizado o estudo de ambos os predicatos de lesão ou ameaça ao direito, averiguando, inclusive, se há previsão constitucional que fundamente a exigência formada pelo tema 350 fixado pelo Supremo Tribunal Federal (STF. RE: 631.240/MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014).

Buscando realizar estudo aprofundado acerca dos predicatos de lesão ou ameaça ao direito, este estudo analisou o princípio da fungibilidade, bem como os efeitos desta aplicação em casos concretos, como nos pedidos de benefícios por incapacidade, tratando, inclusive, da exigência de requerimento de prorrogação nos benefícios por incapacidade temporária e os entendimentos jurisprudenciais divergentes, buscando encontrar soluções jurídicas para o caso.

No terceiro capítulo, foram expostas as correntes doutrinárias e jurisprudenciais contrapostas, momento em que foi apresentado o posicionamento adotado neste estudo, com o objetivo de corroborar com o acesso à justiça do segurado.

Foi utilizado o método indutivo, pois a partir das análises doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema e das controvérsias relevantes encontrou-se o resultado mais coerente com a abordagem realizada, a fim de delinear a configuração do interesse de agir nos benefícios previdenciários por incapacidade.

1 DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

São denominadas condições da ação aqueles requisitos processuais essenciais para o trâmite processual e análise do mérito, de modo que, sendo ausente, haverá carência da ação, resultando na extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Neste sentido, o Código de Processo Civil prevê em seu art. 17 duas condições de ação: interesse de agir e legitimidade ad causam (BRASIL, 2015), vejamos o que determina:

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

[...] Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...] VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual (BRASIL, 2015).

Referente ao tema, importante a reflexão realizada por Humberto Theodoro Júnior, delimitando que o interesse de agir, que é secundário e instrumental, nasce da necessidade de alcançar, através do processo judicial, a proteção ao interesse substancial (THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 76-77).

Desta forma, nos dizeres de Fredie Didier (DIDIER, 2022, p. 418), o interesse de agir é requisito processual que deve ser examinado em duas dimensões, respectivamente, a necessidade e a utilidade da tutela jurisdicional.

Pela utilidade, deve-se entender que o processo deve ser proveitoso, ou seja, deve representar um incremento em sua esfera jurídica (BARROSO, STF. RE: 631.240/MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014).

Em contrapartida, a necessidade consiste na demonstração de que a atuação do Estado-Juiz é imprescindível para a satisfação da pretensão autoral (STF. RE: 631.240/MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014).

As conceituações supracitadas, apesar de registradas por Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário 631.240/MG (STF. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014), encaixa-se perfeitamente na conceituação atual, vez que somente restará configurado o interesse de agir se houver necessidade de buscar o Judiciário para alcançar o bem da vida pretendido, em razão de resistência apresentada pela parte contrária (SOARES; DIAS, 2015, p. 22).

Portanto, há ausência de interesse de agir quando não há lide entre as partes (THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 89), e, contrariamente, há a configuração do referido requisito quando surge a necessidade de um provimento jurisdicional.

Dessa forma, conclui-se que o interesse de agir é uma condição da ação, o qual parte da premissa de que os recursos públicos são escassos, motivo pelo qual, para Barroso deve-se racionalizar a demanda, de modo a não permitir o prosseguimento de processos desnecessários (STF. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014).

Neste mesmo sentido, para Liebman (2005. p. 206) o interesse de agir é secundário com respeito ao interesse substancial primário, o qual objetiva a concessão que se pede ao magistrado, como meio de obter a satisfação do interesse primário, que sofreu lesão ou ameaça.

Logo, “do interesse de agir surge a necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe por isso a lesão deste interesse e a idoneidade da decisão pedida para protegê-lo e satisfazê-lo (LIEBMAN, 2015, p. 206)”.

Esclarecida as condições da ação, e aprofundado o interesse de agir, necessária se faz a exposição do entendimento jurisprudencial discriminado no Recurso Extraordinário 631.240/MG.

1.1 O INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO E A EXIGÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO FIXADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 631.240/MG

O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 631.240/MG - Tema nº 350), estabeleceu a necessidade de prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário como pressuposto para o ajuizamento de ação.

A referida exigência permeia o interesse processual sob o aspecto da necessidade (STF. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014), vindo à tona questão controvertida, referente a constitucionalidade e delimitação da condição.

O Recurso Extraordinário 631.240 de Minas Gerais tratava sobre um requerimento judicial de aposentadoria por idade rural, na ocasião, o processo fora extinto sem resolução do mérito em primeira instância pela ausência de prévio requerimento administrativo, sendo carente, portanto, de interesse de agir.

O acórdão que ensejou o Recurso Extraordinário 631.240/MG tornou nula a sentença sob a fundamentação de que a extinção, *in casu*, estaria violando o acesso à justiça do beneficiário e o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Deste modo, o relator Min. Luís Roberto Barroso (STF. RE: 631.240/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014), fixou o seguinte ponto controvertido: “a exigência de alguns requisitos para o regular exercício do direito de ação é compatível com a garantia constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário?”.

Em seu voto, o relator compreendeu pela compatibilidade da exigência de prévio requerimento com os princípios de inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça.

Para tanto, o Ministro Roberto Barroso fundamentou sua pretensão no Recurso Extraordinário 273.791, o qual preconiza de modo resumido que “o art. 5º, XXXV,

assegura o acesso à jurisdição, mas não o direito à decisão de mérito, que pende - é um truísmo - de presença dos pressupostos do processo e das condições de ação, de regra, disciplinados pelo direito ordinário (STF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15 ago. 2000)”.

Em convergência com o decidido no Recurso Extraordinário 631.240/MG, está a tese fixada por Fredie Didier Júnior (2022, p. 179-180), o qual preconiza que há a possibilidade de relativização e restrição dos direitos fundamentais por determinação legislativa infraconstitucional, todavia, para tanto, faz-se necessária justificção razoável, de modo que “não parece inconstitucional o condicionamento, em certos casos, da ida ao Judiciário ao esgotamento administrativo da controvérsia”.

Nesta senda, depreende-se, portanto, que viabilidade de condicionamento da propositura de ação judicial deve ser analisada no caso concreto.

Neste sentido, o Ministro Roberto Barroso (STF. RE: 631.240/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014) destacou, ao discorrer seu posicionamento, que a obtenção do benefício previdenciário depende do requerimento administrativo do segurado, denominado “postura ativa”, de modo que “se a concessão de um direito depende de requerimento, não se pode falar em lesão ou ameaça a tal direito antes mesmo da formulação do pedido administrativo”.

Em contrapartida, não definiu a lesão ou ameaça ao direito, de modo que o debate permeou a necessidade da tutela jurisdicional na ausência dos predicados, vez que, primordialmente, para a formação do interesse de agir restava-se necessária a narrativa de que houve violação ou ameaça ao direito, o qual configuraria a necessidade.

Ato contínuo, a discussão é delimitada sob duas situações divergentes, aquelas que visam obter uma vantagem nova ao patrimônio jurídico, e aquelas que objetivam melhorar ou proteger vantagem que já fora concedida administrativamente. Quanto às situações, o Ministro Barroso conclui que:

A necessidade de requerimento administrativo prévio restringe-se ao primeiro grupo. Para o segundo, “precisamente porque já houve a inauguração da relação entre o beneficiário e a Previdência, não se faz necessário, de forma geral, que o autor provoque novamente o INSS para ingressar em juízo, (...) salvo se a pretensão depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração (STF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15 ago. 2000)

De mais a mais, o Min. Relator Barroso esclarece como dispensável o prévio requerimento “quando o entendimento da Autarquia Previdenciária for notoriamente contrário à pretensão do interessado”.

Quanto à referida situação, o Ministro Roberto Barroso a denomina de “hipóteses de presunção de indeferimento administrativo” (STF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15 ago. 2000 - DJe de 10/11/14).

Ocorre que, como será demonstrado no próximo tópico, a definição de presunção de indeferimento é rasa, abrindo espaço para a discricionariedade.

1.1.1 A DISCUSSÃO ACERCA DO CONCEITO DE “ENTENDIMENTO NOTORIAMENTE CONTRÁRIO À PRETENSÃO DO INTERESSADO”

Como citado anteriormente, o STF, em sede de repercussão geral (RE 631.240/MG - Tema nº 350), estabeleceu a necessidade de prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário como pressuposto para o ajuizamento de ação.

Nesse julgamento, o Plenário assentou igualmente que “não se deve exigir o prévio requerimento administrativo quando o entendimento da Autarquia Previdenciária for notoriamente contrário à pretensão do interessado. Nesses casos, o interesse em agir estará caracterizado (STF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15 ago. 2000 - DJe de 10/11/14) ”.

Ora, muitas são as situações que o entendimento da Autarquia Previdenciária se apresenta notoriamente contrário à pretensão do interessado, todavia, a ausência de

definição do conceito supracitado, gera muita discussão e divergências jurisprudenciais, criando grande insegurança jurídica.

Neste sentido, nas palavras de Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, “uma das maiores dificuldades do Direito é sua aplicação homogênea com o conceito de justiça, afinal, como estabelecer o que seria justo, diante de uma situação concreta, mostra-se um dos problemas mais complexos que enfrenta a ciência jurídica (2020, p. 471) ”.

Dessa forma, a hermenêutica referente ao que deve ser entendido como presunção de indeferimento fica totalmente à mercê do julgador, que age discricionariamente, ocasionando na juristocracia, sobre o tema, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Thaís Araújo Dias fazem importante ponderação:

A juristocracia se apresenta, durante novos processos constitucionais, como tendência internacional diante da transferência significativa de poder para o Judiciário. A expansão da judicialização da megapolítica e a consequente transformação dos tribunais em órgãos eminentemente políticos são caracterizadores e produtos deste processo.

Há, portanto, um embate que precisa ser levantado, o Direito Processual Previdenciário sofre com a deficiência de fontes formais diretas, e, em contrapartida, é dotado de fontes formais materiais e indiretas, de modo que destas fontes surgem os conceitos previdenciários, tais como aquele discutido no presente tópico.

Sobre o tema das Teorias das fontes do Direito, importante ponderar que, independentemente da existência de fontes, a análise da possibilidade de condicionamento do ingresso ao Judiciário transfere-se para o caso concreto, neste sentido, pondera José Emílio Medauar Ommati e Alexandre de Castro Coura:

A teoria das fontes do Direito possui uma íntima conexão com o positivismo jurídico, na medida em que pensa e compreende o Direito como uma mera questão de fato. Nessa linha, o positivismo jurídico não reconhece que o sentido do Direito só é concretizado no momento da aplicação normativa, em face do caso concreto, algo que não pode ser revelado “a priori” por qualquer fonte

De todo modo, não se pode negligenciar que a ausência de fonte formal direta é recorrentemente suprida pela postura ativista do Juiz, que busca decidir a causa e reconhecer as condições da ação (ALVIM; CABRAL; RIBEIRO, 2018, p. 131).

Deste modo, as questões específicas que surgem nas lides previdenciárias revelam a necessidade de uma normatização própria para a matéria (SAVARIS, 2021, p. 64).

Para entender a importância da conceituação e normatização legal da exceção a exigência de prévio requerimento administrativo, necessário se faz compreender os princípios basilares que regem a Administração Pública, bem como seus efeitos em casos concretos.

Para tanto, primordialmente faz-se necessário compreender a aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, do acesso à justiça, e da fungibilidade na atuação da Autarquia Previdenciária, que serão temas dos próximos capítulos.

2 DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

É sabido que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi consagrado pelo art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal ao prever que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garantindo a todos os sujeitos a possibilidade de dirigir-se ao Judiciário (BRASIL, 1988), portanto, trata-se de cláusula pétrea.

Neste sentido, o Magistrado não pode se eximir de apreciar (SOARES; DIAS, 2014, p. 13), quando estiver diante dos referidos predicados.

O princípio constitucional em tema permite diferentes interpretações, de modo que, pela interpretação absoluta, em regra, o prévio requerimento administrativo como requisito necessário à formação do interesse de agir violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, vez que a própria Constituição Federal prevê os casos em que há a necessidade de prévia instauração de instância administrativa, não englobando o processo previdenciário.

Nas palavras do Min. Marco Aurélio (STF. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014), dissídio coletivo de natureza econômica e a Justiça Desportiva “são os dois únicos casos em que o cidadão não pode acionar, de imediato, o Judiciário. E mesmo assim, quanto à Justiça Desportiva, presentes a disciplina e as competições”.

Sobre o tema, o Ministro Marco Aurélio (STF. RE: 631.240/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014), em seu voto divergente, faz importante ponderação:

Cabe abrir exceção? Cabe aditar a Carta da República, criando-se, no tocante a uma situação notoriamente deficiente em termos de serviços, a exigência de o beneficiário da Previdência, antes de ingressar em Juízo, acionar o Instituto? É um passo demasiadamente largo, Presidente. Receio que, se este Tribunal vier a concluir de forma diversa, se estenda essa mesma obrigação a outras situações jurídicas em que o embate já é sabidamente desequilibrado, envolvendo o cidadão e o Estado, para beneficiar justamente a parte mais forte da relação jurídica, que é o próprio Estado.

Ora, neste trecho o Ministro está indubitavelmente discorrendo sobre a relação previdenciária entre a Autarquia e o segurado, reconhecendo a fragilidade do beneficiário em relação à Administração pública indireta.

Portanto, a fim de observar se a mesma lógica deve ser aplicada em matéria previdenciária, faz-se necessário verificar a dinâmica da relação entre a Previdência Social e os respectivos segurados.

Primordialmente, importante registrar que, em seu voto, o Ministro Roberto Barroso (STF. RE: 631.240/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014) destacou, ao discorrer seu posicionamento, que a obtenção do benefício previdenciário depende do requerimento administrativo do segurado, denominado “postura ativa”, de modo que “se a concessão de um direito depende de requerimento, não se pode falar em lesão ou ameaça a tal direito antes mesmo da formulação do pedido administrativo”.

Ocorre que, a Portaria 933/2022 do INSS, inovou ao realizar a previsão em seu art. 11 que o processo administrativo previdenciário se inicia de ofício pelo INSS quando

for identificado pelo Órgão ato ou fato que tenha reflexo em benefícios ou serviços, de modo que há o enfraquecimento da fundamentação supra.

Desse modo, depreende-se que pelo surgimento de um dever-poder do INSS, solidário ao poder do segurado interessado, há a configuração de uma nova forma de relação previdenciária, enfraquecendo a fundamentação registrada pelo Ministro Roberto Barroso.

Ato contínuo, ao discorrer sobre a relação previdenciária entre segurado e Previdência, a Min. Cármen Lúcia (STF. RE: 631.240/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014) realiza importante reflexão, impondo opinião de que impossível acreditar que o segurado não considerou “de alguma forma tocado no seu direito e impossibilitado de exercê-lo”, vez que, não há como presumir através de uma hermenêutica lógica que uma pessoa possuindo a possibilidade de ir administrativamente à Autarquia e resolver sua questão através de um guichê, opte recorrer à um advogado e ao Judiciário.

Neste sentido, o boletim estatístico da Previdência Social (BRASIL, 2022), atualizado até 31 de outubro de 2022, registrou que houve uma grande queda na quantidade de benefícios previdenciários concedidos administrativamente comparado com o ano de 2021, segundo os grupos e espécies, de modo que a porcentagem de aposentadoria concedidas fora de 31,44%, ficando o maior percentual no benefício por incapacidade temporária, que atingiu a quantidade de 44,66%.

Registra-se, inclusive, que no ano de 2021, verificou-se o total de 4.619.327 benefícios indeferidos na via administrativa (BRASIL, 2022).

Neste ponto, muito se investiga sobre os motivos pelos quais há tal expoente. O Seminário de Pesquisas Empíricas aplicadas a Políticas Judiciárias concluiu que há uma discrepância entre as posições do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e a Jurisprudência do Poder Judiciário, em razão de uma deficiência de fontes formais diretas.

Sobre o tema, conclui os professores Paulo Furquim de Azevedo e Natalia Pires de Vasconcelos (MONTENEGRO, 2021):

“Essa conclusão é sustentada por evidências quantitativas, por meio da análise do texto das decisões judiciais e por relatos em entrevistas. Decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) versam sobre os critérios de análise para a concessão de benefícios — o que é considerado como atividade especial, possibilidade ou não de acumulação de benefícios, teto do valor do benefício, entre outras questões com relação às quais os juízes e o INSS podem ter posições divergentes (VASCONCELOS; AZEVEDO)”.

Depreende-se, portanto, que as decisões do INSS não aplicam as teses firmadas em jurisprudências qualificadas, o que resulta na necessidade da judicialização.

Nesta esteira, uma análise na Base Nacional de Dados do Poder Judiciário entre 2015 e 2019 revelou crescimento de 140% do número de ações referentes a benefício previdenciário, “muito maior que o aumento da quantidade de processos administrativos no INSS (MONTENEGRO, 2021) ”.

Como não bastasse, outro ponto que chama atenção, é o dispêndio realizado pela Previdência Social, que, em regra, deve se pautar no orçamento anual, limitando, de certa forma, a atuação da Autarquia.

Importante registrar que no ano de 2021 a Autarquia Previdenciária realizou o dispêndio de R\$ 740.199.065.240,18 bilhões de reais, e no ano de 2022 o valor já totaliza a despesa de R\$ 736.425.941.641,99 bilhões de reais em benefícios previdenciários, conforme dados atualizados até 11 de novembro de 2022 (BRASIL, 2022).

Portanto, depreende-se que a concessão de benefícios, aposentadorias e assistências são extremamente custosos para a Administração Pública, de modo que deve ser observado o equilíbrio econômico financeiro e atuarial. Logo, considerando que o orçamento previsto para o ano de 2022 é de R\$ 867,39 bilhões, a Autarquia deve atuar com proporcionalidade ao previsto, não devendo, em regra, ultrapassar o planejamento.

Neste sentido, reflete a Ministra Cármen Lúcia (STF. RE: 631.240/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014), referente a configuração de lesão ou ameaça ao direito, que aquele que busca o Judiciário para satisfazer seus direitos perante ao INSS “é porque exatamente encontrou algum embaraço, que (...) haverá de provar no caso apresentado (...) perante a jurisdição competente”, tratando-se, *in casu*, da configuração de entendimento notoriamente contrário a pretensão do segurado.

Dessa forma, não se deve relativizar a realidade vivenciada pelo segurado, de modo a impor requisito objetivo de interesse processual, qual seja: comprovação de requerimento administrativo prévio, negligenciando-se totalmente o requisito subjetivo imposto pela própria Constituição Federal: lesão ou ameaça ao direito.

Ato contínuo, eventuais ausências de disponibilidade da Autarquia Previdenciária acabam por inibir a possibilidade de realização do requerimento administrativo (SAVARIS, 2021).

Este entendimento ganha força na consagração do dever imposto ao Serviço Social no art. 88 da Lei 8.213/91 (BRASIL, 1991), senão vejamos:

Esclarecer junto aos beneficiários seus direitos sociais e os meios de exercê-los e estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem da sua relação com a Previdência Social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade (1991).

Depreende-se da leitura do texto supracitado que o segurado deve ser adequadamente orientado no procedimento administrativo, ocorre que, não raras as vezes, a Autarquia Previdenciária padece de disponibilidade de orientação (SAVARIS, 2021), o que, *per si*, seria suficiente para configurar a ameaça ao direito.

Isso porque, os erros provenientes do processo administrativo, acabam por implicar consequências diretas ao segurado, nas duas esferas, seja na administrativa ou judicial, o qual acarretará no reconhecimento da falta de interesse de agir sob o fundamento de ausência de requerimento administrativo correto do benefício buscado, ou, ainda, da ausência de cumprimento de exigência, compreendendo

o Magistrado, que o próprio segurado, neste caso, dá causa ao indeferimento (SAVARIS, 2021, p. 230).

Portanto, em situações que o ônus de realizar o requerimento administrativo seja superior ao de judicialização, em razão de carências, em especial na estruturação da rede de atendimento, deveria o magistrado, de forma motivada, justificar a dispensa da exigência do prévio requerimento administrativo, vez que a onerosidade representa uma lesão a direito.

Em conformidade, versa Horácio Augusto Mendes de Sousa (2021, p.65), que destaca a importância do papel do Estado, neste caso, do Poder Judiciário, como uma ferramenta legítima a fim de garantir a dignidade da pessoa humana:

Essas transformações ensejam a necessidade de se revisitar os seus elementos estruturantes, de modo a que o Estado contemporâneo possa ser instrumento legítimo e efetivo propulsor da realização de suas promessas constitucionais em realidades densificadoras concretas da dignidade da pessoa humana.

Inclusive, em razão disso, a fim de proteger a hipossuficiência do segurado, a aplicação do princípio da fungibilidade ganha força no âmbito do direito administrativo.

Esclarecido os conceitos e consagração do princípio da inafastabilidade da jurisdição, passamos a compreender o princípio da fungibilidade e os respectivos efeitos no processo administrativo previdenciário.

2.1. DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E OS RESPECTIVOS EFEITOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO

No Direito Previdenciário, o princípio da fungibilidade significa que o segurado pode ter concedido benefício diverso daquele requerido inicialmente, seja no requerimento administrativo ou na ação judicial, em razão do direito ao melhor benefício, que se justifica pelo dever concedido ao Serviço Social no art. 88 da Lei 8.213/91, anteriormente citado.

Dessa forma, muito se discute acerca da aplicação do referido princípio na análise administrativa, vez que a exigência de prévio requerimento administrativo faz menção ao benefício específico requerido administrativamente, e, no caso de ausência de correspondência entre a espécie do requerimento administrativo e a espécie requerida judicialmente observa-se, não raras as vezes, a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

À título de exemplo, importante destacar que até o ano de 2022, o segurado não possuía a possibilidade de solicitar ao INSS, de maneira direta, o benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, somente podendo agendar a perícia para a concessão do benefício por incapacidade temporária.

Deste modo, o segurado era obrigado a agendar perícia para o benefício precário, de modo que, a decisão de qual benefício seria concedido ficaria à mercê do Perito, restando como única alternativa recorrer à Justiça.

Somente no ano de 2022, a Instrução Normativa 128 consagrou o oferecimento do serviço específico de aposentadoria por incapacidade permanente.

Neste ínterim, surge para a Autarquia Previdenciária o dever de outorgar a proteção previdenciária mais vantajosa a que o interessado faz jus, consolidando o chamado direito ao melhor benefício previdenciário que permeia o segurado, que sempre fora reconhecido pelo próprio INSS, de modo que havia clara previsão na antiga IN 77/2015, vejamos:

Art. 687. O INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido.

De igual modo, na nova IN 128/2022 o direito ao melhor benefício encontra previsão nos seguintes dispositivos:

Art. 222. [...] § 3º Na hipótese de ser identificado o direito a mais de uma forma de cálculo de aposentadoria, **fica resguardada a opção pelo cálculo mais vantajoso**,

observada a reafirmação da data de entrada do requerimento administrativo a critério do segurado, se for o caso, na forma do art. 577.

Art. 589. [...]

§ 1º Na hipótese de o segurado ter implementado todas as condições para mais de uma espécie de aposentadoria na data da entrada do requerimento e em **não tendo sido lhe oferecido o direito de opção pelo melhor benefício, poderá solicitar revisão e alteração para espécie que lhe é mais vantajosa.**

Em consonância com este entendimento, a doutrina majoritária entende que, nas ações previdenciárias, a justiça de proteção social deve-se orientar pelo princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica, a qual, de acordo com Savaris (2020, p. 69):

As ações em que se busca proteção social não objetivam o estrito controle da legalidade do ato administrativo, mas a outorga da proteção devida, mediante o reconhecimento da existência do direito fundamental e a concessão da prestação previdenciária, nos estritos termos em que a pessoa faz jus.

Neste sentido, à luz do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, deve-se ater a uma concepção de que supremacia da Constituição investe a ciência jurídica não apenas de uma função descritiva, mas também, e principalmente, crítica e construtiva (STRECK, 2017), consoante exposto por Lênio Luiz Streck, ao tratar da hermenêutica jurídica e(m) crise, senão vejamos:

(...) crítica em relação às antinomias e às lacunas da legislação vigente em relação aos imperativos constitucionais, e construtiva relativamente à introdução de técnicas de garantia que se exigem para superá-las" (STRECK, 2017)

Portanto, pela incompletude da dogmática processual para a satisfação dos direitos sociais e da conceituação daquilo que é "notoriamente contrário", importante se faz discutir se em relação à condicionante de prévio requerimento administrativo, seria possível concluir que a concessão de uma prestação menos vantajosa implica, por omissão, a lesão a direito do segurado em receber o benefício mais protetivo, ou, vice e versa, à luz do art. 5º, XXXV da Constituição da República.

Neste contexto, importante frisar que cada benefício previdenciário possui características e requisitos diversos, de modo que para a concessão não basta que o fato seja submetido à norma, contrariamente, o direito não deve se pautar em

critérios exclusivamente normativos, atendo-se, também, ao fatos, provas e equidade (SAVARIS, 2021), sobre o tema, Savaris (2021, p; 105) fundamenta esta pretensão:

Uma solução de equidade comporta, no caso concreto, a flexibilização dos requisitos milimetricamente estabelecidos para atuação da proteção previdenciária. Os pressupostos para a concessão de benefícios passam a ser vistos como diretrizes gerais mas não totalitárias. Tais pressupostos se legitimam para diminuir o risco moral do sistema previdenciário.

Portanto, depreende-se que a aplicação do princípio da fungibilidade no Direito Previdenciário resulta na possibilidade de concessão de benefício diverso daquele requerido administrativamente, bem como, implicitamente, abre espaço para que o Magistrado, no processo judicial, verifique o interesse de agir mediante o caso concreto, independentemente de requerimento do benefício específico, desde que os correspondentes requisitos legais tenham sido preenchidos, de modo que:

Prevalece a flexibilização do rigor científico por uma questão de política judiciária: considerando que se trata de processo de massa, como são as causas previdenciárias, não seria razoável obrigar o Segurado a ajuizar nova ação para obter a concessão de outra espécie de benefício previdenciário cujos requisitos tenham ficado demonstrados durante a instrução processual (SAVARIS, 2021).

Em verdade, “o que mais importa em uma lide previdenciária é outorgar ao indivíduo a proteção previdenciária a que efetivamente faz jus” (SAVARIS, 2021, p. 65), neste sentido, vejamos uma aplicação de caso prático levantada por Savaris:

De outra parte, a Assistência Social assegura benefício de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência que não possa prover seu sustento nem tê-lo provido por sua família (...) Como há um ponto comum a ligar o requisito específico desses quatro benefícios da seguridade social – a redução ou inexistência de capacidade para o trabalho ou obstáculos à plena participação social ligados à deficiência (LOAS) –, tem-se admitido uma espécie de fungibilidade dos pedidos que buscam sua concessão. Isso tem dois efeitos importantes. O primeiro refere-se à correspondência entre o requerimento administrativo e a petição inicial, à luz da condicionante de prévio indeferimento administrativo. O segundo relaciona-se à correspondência entre a pretensão deduzida na petição inicial e a sentença, à luz do princípio da adstrição ou congruência da sentença. Em relação à condicionante de prévio indeferimento administrativo, entende-se que o indeferimento administrativo de uma dessas prestações em razão de “perícia médica contrária” pode abrir espaço para ajuizamento de qualquer das ações que busque benefício da seguridade social por incapacidade.

Logo, importante se faz a aplicação e exemplificação daquilo definido no Recurso Extraordinário 631.240/MG (STF. RE: 631.240/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014) como “entendimento notoriamente contrário a postulação do segurado”, vez que garantirá, em muitos casos, o acesso a justiça do segurado.

Entendido o princípio da fungibilidade e seus efeitos no Direito Previdenciário, passa-se a expor casos práticos que merecem atenção na análise realizada pelo presente trabalho.

2.2 CASOS PRÁTICOS

Como citado anteriormente, um dos problemas mais complexos que enfrenta a ciência jurídica encontra-se em estabelecer o que seria justo diante de uma situação concreta, motivo pelo qual importante se faz estudar casos práticos que resultam na extinção do processo sem resolução do mérito em razão da ausência de prévio requerimento administrativo.

Neste sentido, Fredie Didier Júnior (2015, p. 179-180) preconiza que “a análise da possibilidade de condicionamento do ingresso ao judiciário transfere-se para o caso concreto”.

Portanto, há dois casos recorrentes que merecem ser estudados no presente trabalho, ambos referentes as espécies de benefícios por incapacidade, quais sejam: o interesse de agir na ausência de pedido de prorrogação do benefício por incapacidade temporária e no pedido judicial de aposentadoria por incapacidade permanente ante o prévio deferimento do benefício por incapacidade temporária.

2.2.1 DO PRÉVIO PEDIDO DE PRORROGAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

A Turma Nacional de Uniformização do Juizados Especiais Federais (TNU) na sessão ordinária de julgamento do processo de nº 0500255-75.2019.4.05.8303/PE, decidiu dar provimento ao pedido de uniformização, fixando a seguinte tese:

O direito à continuidade do benefício por incapacidade temporária com estimativa de DCB (alta programada) pressupõe, por parte do segurado, pedido de prorrogação (art. 60, § 9º, da Lei n. 8.213/1991), recurso administrativo ou pedido de reconsideração, quando previstos normativamente, sem o que não se configura interesse de agir em juízo (Tema 277).

Frisou, ainda, o Relator, que “o exercício válido pelo segurado de um dos instrumentos preenche o interesse processual no duplo enfoque da necessidade e utilidade da prestação jurisdicional eventual”.

A maior problemática, *in casu*, inicia-se quando o segurado, por falta de amparo, ou até mesmo por insuficiência técnica e material (no caso daqueles segurados que sequer são capazes de calcular o momento em que será possível realizar o pedido de prorrogação), deixa de realizar o pedido de prorrogação e tem seu benefício cessado abruptamente, de modo que sequer possui o direito de requerer o reestabelecimento judicialmente, tampouco administrativamente.

Neste caso, o segurado deverá realizar novo requerimento administrativo em momento oportuno, sendo cerceado do direito de recebimento do benefício ora concedido e posteriormente cessado por alta programada.

Como não bastasse, há clara insegurança jurídica nos tribunais, vez que as Varas Federais possuem entendimento diverso.

A 2º Turma do Tribunal Regional Federal decidiu no julgamento do processo nº 1022438-47.2019.4.01.9999 que é desnecessário o pedido administrativo de prorrogação para reestabelecimento do benefício por incapacidade temporária

decorrente da mesma patologia que deu causa ao benefício, de modo que a ausência do pedido não configuraria ausência de interesse de agir.

No voto, o desembargador federal Rafael Paulo se ateuve à ressalva realizada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 631.240/MG de que é desnecessário requerimento administrativo nos casos em que a posição da Autarquia seja notoriamente contrária ao direito postulado, situações nas quais o interesse de agir é evidenciado.

Depreende-se, portanto, forte divergência de entendimentos entre o Juizado e a Vara Federal o que é resultado da ausência de definição de presunção de indeferimento, abrindo espaço para tais discricionariedades e conduta ativista do Magistrado.

Ora, um segurado que ingressar com ação judicial na Vara Federal terá seu pedido analisado, e em contrapartida, aquele que ingressar com a ação judicial no Juizado terá o processo extinto sem resolução do mérito, não há qualquer razoabilidade.

Conclui-se então, que muitas são as situações que o entendimento da Autarquia previdenciária se apresenta notoriamente contrária à pretensão do interessado, todavia, a ausência de definição do conceito supracitado, em razão da deficiência de fontes formais diretas, é suprida pela postura ativista do Judiciário, gerando muitas discussões e divergências jurisprudenciais, criando grande insegurança jurídica.

Deste modo, as questões específicas que surgem nas lides previdenciárias revelam a necessidade de uma normatização própria para a matéria (SAVARIS, 2021, p. 64).

2.2.2 O INTERESSE DE AGIR NO PEDIDO JUDICIAL DE APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE ANTE O PRÉVIO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

Primordialmente, deve-se recordar que a aposentadoria por incapacidade permanente e o benefício por incapacidade temporária são benefícios distintos, de modo que possuem requisitos diversos.

Enquanto no benefício por incapacidade temporária exige-se uma incapacidade temporária, ou total e parcial, no benefício de aposentadoria por incapacidade permanente é necessário que o segurado possua uma incapacidade total e permanente, para toda e qualquer atividade, insuscetível de ser encaminhado ao programa de reabilitação.

Logo, o benefício de aposentadoria por incapacidade permanente somente é concedido em situações extremamente graves, motivo pelo qual, quando compara-se ambos os benefícios, depreende-se que o benefício por incapacidade temporária é precário.

Ocorre que, até a Instrução Normativa 128/2022 no momento de realização de requerimento administrativo sequer era oportunizado ao segurado o pedido de aposentadoria por incapacidade permanente, de modo que o beneficiário se via cerceado a requerer o benefício mais precário (benefício por incapacidade temporária).

Diante desta situação, a decisão referente ao benefício pelo qual seria concedido ao segurado ficava a mercê do Expert responsável por realizar a perícia judicial.

Ora, somente caso o Perito identificasse uma incapacidade total e permanente seria concedido o benefício de aposentadoria por incapacidade permanente. Ocorre que tal ato estaria dotado de extrema discricionariedade, resultando em insegurança para o segurado.

Diante deste cenário, o Ministério Público Federal moveu ação civil pública, o qual fora concedida liminar determinando que o INSS promova a disponibilização aos segurados de requerimento direto do benefício de aposentadoria por invalidez (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2022).

A procuradora da República Ana Padilha realizou ponderação no sentido de que o impedimento ora criado pela Autarquia cria barreira desnecessária para que o segurado tenha acesso ao benefício pleiteado, “uma vez que, atualmente, é necessário solicitar primeiramente o auxílio-doença, ficando o requerente à mercê do INSS, aguardando que seja realizada a conversão, a critério do perito médico (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2022)”.

Por este motivo, os efeitos da aplicação do princípio da fungibilidade nas demandas previdenciárias foram inicialmente percebidos naquelas que versam sobre benefício por incapacidade para o trabalho.

A fungibilidade, segundo Savaris (2021, p. 194), era aceita, “não tanto por força de uma consistência teórica a apontar para a necessidade de acertamento da relação jurídica de proteção social, mas pelo núcleo comum a conectar as pretensões dessa espécie de benefício”.

Ora, deve-se aplicar o raciocínio de que se o INSS indeferiu o benefício por incapacidade temporária, que é considerado um benefício mais precário, ante ausência de incapacidade parcial ou temporária para o trabalho, com maior razão indeferiria os pedidos de aposentadoria por incapacidade permanente, que exige o reconhecimento da incapacidade total e permanente.

Neste caso, depreende-se que o entendimento da Autarquia Previdenciária referente a possibilidade de concessão do benefício de Aposentadoria por invalidez é notoriamente contrário a pretensão do segurado, havendo clara lesão ou ameaça ao direito.

Ocorre que, apesar do exposto, ante a ausência de comprovante de requerimento administrativo ou indeferimento, o Magistrado não fica vinculado, podendo realizar o Juízo de valor para concluir se há lesão ou ameaça à direito, vez que o requerimento realizado (benefício por incapacidade temporária) fora concedido, todavia, com base no princípio da fungibilidade, deve prevalecer o entende de que há interesse de agir, ante o dever da Autarquia em conceder o melhor benefício previdenciário.

Ora, conforme citado nos tópicos anteriores, o Plenário assentou igualmente que “não se deve exigir o prévio requerimento administrativo quando o entendimento da Autarquia Previdenciária for notoriamente contrário à pretensão do interessado. Nesses casos, o interesse em agir estará caracterizado”.

Portanto, *in casu*, há claro entendimento notoriamente contrário à pretensão do interesse no caso então trabalhado, de modo que a extinção do processo sem resolução do mérito não se justifica, causando graves prejuízo àqueles segurados que buscam a concessão do benefício previdenciário.

3 DAS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA EXIGÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

Por todo o exposto, a discussão acerca da constitucionalidade da exigência de prévio requerimento administrativo no processo previdenciário é tema frequente e atual nas lides forenses.

Quanto ao tema, portanto, surgem duas correntes, aqueles que acreditam que o prévio requerimento não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição, vez que, sem ele não há lesão ou ameaça ao direito, e aqueles que entendem pela inconstitucionalidade do condicionamento, sob o fundamento de violação ao art. 5º, inciso XXXV da CRFB (BRASIL, 1998) e a ausência de previsão constitucional, conforme será brevemente delineado.

3.1 CORRENTES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS CONTRAPOSTAS

Aqueles que se posicionam contrariamente à exigência do requerimento administrativo, alegam que não há no texto constitucional norma que institua a necessidade de prévia negativa de pedido de concessão de benefício previdenciário no âmbito administrativo como condicionante ao pedido de provimento judicial, conforme comprovado nos tópicos anteriores.

Portanto, a fim de observar se a mesma lógica deve ser aplicada em matéria previdenciária, faz-se necessário verificar a dinâmica da relação entre a Previdência Social e os respectivos segurados, conforme fora realizado no tópico 2.

Neste sentido, a referida corrente doutrinária e jurisprudencial compreende que a exigência de prévio requerimento administrativo representa violação ao disposto no artigo 5º, incisos XXXIV, XXXV e LV da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Em contrapartida, parte da jurisprudência entende que a exigência de prévio requerimento administrativo de pedidos previdenciários nas ações judiciais não afrontam o acesso à justiça e o princípio de inafastabilidade da jurisdição, sob o fundamento que a exigência do prévio requerimento administrativo de benefício previdenciário constitui requisito para ajuizamento da ação, pois revela o interesse processual da parte, mais especificamente no aspecto necessidade.

Tal entendimento fora pacificado pelo Recurso Extraordinário 631.240/MG, pelos fundamentos e votos discriminados no tópico 1.1 do presente trabalho.

Todavia, existem controvérsias acerca da exigência de prévio requerimento administrativo como requisito necessário a formação do interesse de agir. Neste estudo, defende-se pela adoção de um posicionamento que garanta o acesso à justiça dos segurados, bem como respeite o princípio da inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, conforme delineado a seguir.

3.2 POSICIONAMENTO ADOTADO

Primordialmente, deve-se realizar ponderação quanto às convergências encontradas em ambos os posicionamentos, referente ao interesse de agir processual.

Há clara previsão legal referente às condições da ação, mais especificamente no art. 17 do Código de Processo Civil, o qual prevê a necessidade de interesse de agir e legitimidade ad causam (BRASIL, 2015) para postular em Juízo.

Ato contínuo, o art. 485 do Código de Processo Civil, em consonância com o previsto na Constituição Federal, determina que o Juiz não resolverá o mérito quando verificar a ausência de legitimidade ou de interesse processual (BRASIL, 2015).

Desse modo, conclui-se que dos referidos textos legais surgem para os Magistrados um poder-dever, quais sejam: o dever de verificar o cumprimento de ambas condições da ação (necessidade e legitimidade) e o poder de extinguir o processo sem resolução do mérito caso verifique a ausência de observância dos requisitos supracitados.

Para tanto, o Juiz deve sempre se basear na motivação, fundamentando adequadamente a decisão, visando, desta forma, suprir a discricionariedade e a insegurança jurídica.

O princípio da motivação, também denominado livre convencimento motivado obriga ao magistrado explicitar as razões da conclusão adotada, com a adequada motivação da decisão proferida, porque se assim não for ela será nula, por isso a motivação representa os elementos de convicção valorados pelo juiz (JORGE JÚNIOR, 2020).

A necessidade, como visto anteriormente, configura-se pela lesão ou ameaça ao direito (DIDIER, Fredie, 2020).

Neste sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil realiza importante determinação em seu art. 5º, inciso XXXV, consagrando o princípio da inafastabilidade

da jurisdição, pelo qual determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Ocorre que, buscando uniformizar divergência jurídicas e doutrinárias, o Recurso Extraordinário 631.240/MG (STF. RE: 631.240/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014) estabeleceu a necessidade de prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário como pressuposto para ajuizamento da ação.

Logo, depreende-se que o aspecto necessidade no processo judicial somente restará configurada quando realizado o prévio requerimento administrativo, ressalvados os casos de exceções que foram discriminados durante este estudo.

Neste sentido, cria-se precedente para os Magistrado utilizarem como régua de verificação do interesse de agir a apresentação de comprovante de requerimento administrativo, ocasionando a crescente quantidade de processos extintos de plano sem resolução do mérito, sendo a decisão motivada na decisão do Recurso Extraordinário 631.240/MG (STF. RE: 631.240/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014).

Neste quesito, o Ministro Relator Roberto Barroso (STF. RE: 631.240/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014) realiza importante ponderação, no sentido da dispensabilidade do requerimento administrativo quando o entendimento da Autarquia for notoriamente contrário à pretensão autoral, denominando a exceção de “hipótese de presunção de indeferimento administrativo”.

Ocorre que, apesar da exceção colocada, restou-se comprovado neste estudo que a definição de presunção de indeferimento é rasa, o que abre espaço para a discricionariedade e ativismo judicial, causando grave insegurança jurídica, conforme indubitavelmente comprovado no tópico 2.2.

Logo, não raras as vezes, como comprovado neste estudo, verifica-se, no plano subjetivo, lesão ou ameaça a direito, em razão, inclusive, da crise de efetividade da justiça causada pela incerteza estrutural da jurisdição, isso é, causada por decisões

judiciais incertas em virtude de motivos patológicos, como parcialidade (FALCÃO, SCHUARTZ, ARGUELHES, 2006, p. 89).

Verifica-se também uma lesão ou ameaça a direito em casos que o segurado, padecendo de entendimento técnico, subjetivo e material, não se atenta às exigências realizadas pelo INSS, como nos casos do pedido de prorrogação, e naqueles casos em que o acesso à internet é restrito.

Sobre o tema de carência de entendimento técnico ou material, por alguma razão alguns segurados não possuem as mesmas oportunidades que outros, de modo que importante se faz a reflexão Gilsilene Passon Picoretti Francischetto (2019, p.116) sobre o princípio da igualdade e a igualdade material:

A Constituição Federal de 1988 contemplou a igualdade com princípio fundamental e trouxe também inúmeras situações em que reconhece a necessidade de tratamento diferenciado a alguns grupos sociais.

Ato contínuo, a ausência de fonte formal direta é recorrentemente suprida pela postura ativista do Juiz, que busca decidir a causa e reconhecer as condições da ação (ALVIM; CABRAL; RIBEIRO, 2018).

A deficiência de fontes formais diretas, e em contrapartida, as excessivas fontes formais materiais e indiretas são a principal causa da problemática supra, vez que a ausência é recorrentemente suprida pela postura ativista no Juiz.

Conclui-se então, que muitas são as situações que o entendimento da Autarquia Previdenciária se apresenta notoriamente contrária à pretensão do interessado, todavia, a ausência de definição do conceito supracitado, gera muita discussão e divergências jurisprudenciais, criando grande insegurança jurídica.

De fato, um dos problemas mais complexos que enfrenta a ciência jurídica “é sua aplicação homogenia com o conceito de justiça” diante de uma situação concreta” (BUSSINGUER, 2020).

Neste sentido, deve sempre buscar pautar o Direito Previdenciário com base na realidade vivenciada, *in casu*, a exigência de prévio requerimento administrativo, em muitas situações, negligencia os contornos e especificidades que permeiam os benefícios previdenciários, de modo que os Magistrados realizam análise objetiva do interesse de agir, conforme decidido no tema 350 fixado pelo Supremo Tribunal Federal (STF. RE: 631.240/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento 03/09/2014).

Ocorre que, para que haja possibilidade de uma análise subjetiva em observância ao princípio do acesso à justiça, da inafastabilidade da jurisdição, bem como que a segurança jurídica seja garantida, surge a necessidade de uma normatização própria para a matéria.

Por todo o exposto, este estudo se posiciona pela constitucionalidade da exigência de prévio requerimento administrativo, vez que, conforme estudado, este requisito, *per se*, não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Todavia, em todas as hipóteses o princípio constitucional consagrado no art. 5º, inciso XXXV deve prevalecer.

Desse modo, configurada a lesão ou ameaça ao direito, seja no Direito Previdenciário, ou em qualquer outra matéria, o Juiz não pode se eximir de julgar sob a motivação de ausência de requisito específico para a comprovação do interesse de agir.

A exigência de requerimento administrativo prévio visa garantir o acesso à justiça do segurado, objetivando maior eficiência e celeridade no processo judicial, mas nunca o limitar ou cerceá-lo.

Dessa forma, não se deve relativizar a realidade vivenciada pelo segurado, de modo a impor requisito objetivo de interesse processual, qual seja: comprovação de requerimento administrativo prévio, negligenciando-se totalmente o requisito subjetivo imposto pela própria Constituição Federal: a lesão ou ameaça ao direito.

Depreende-se, porém, que há muitas controvérsias acerca do tema o que ocasiona séria insegurança jurídica em razão da deficiência de fontes formais diretas. Desse

modo, para evitar as discricionariedades e abusividades, é necessário delimitar a atuação do magistrado através de fontes formais.

Neste sentido, este estudo acompanha o entendimento colocado por Fredie Didier Júnior (2020, p. 179-180) de que “a análise da possibilidade de condicionamento do ingresso judiciário transfere-se para o caso concreto”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou a exigência de prévio requerimento administrativo dos benefícios previdenciário à luz do art. 5º, XXXV da Constituição Federal e dos princípios basilares da administração pública, no que diz respeito às controvérsias encontradas, as situações concretas e a constitucionalidade.

No primeiro capítulo foram analisadas as condições da ação previstas no Código de Processo Civil, analisando a legitimidade da exigência de prévio requerimento administrativo como requisito necessário a configuração do interesse de agir, no aspecto necessidade, concluindo que o art. 5º, inciso XXXV assegura tão somente o acesso à jurisdição, todavia o direito à decisão de mérito depende dos pressupostos do processo e das condições da ação.

Neste mesmo tópico, este estudo se aprofundou nas exceções à exigência de prévio requerimento administrativo, tema importante, vez que conforme analisado neste trabalho, o ativismo judicial, em razão da discricionariedade causam grave insegurança jurídica, passando a analisar a discussão acerca do conceito de “entendimento notoriamente contrário à pretensão autoral”.

Através de análises doutrinárias e investigações jurisprudenciais, este estudo concluiu que o principal fator gerador da insegurança jurídica e discricionariedade nos processos previdenciários é a dificuldade de aplicar o Direito de maneira homogênea com o conceito de justiça diante de uma situação concreta, bem como a deficiência de fontes formais diretas e, em contrapartida, o excessivo e crescente número de

fontes formais indiretas e materiais, resultando em decisões divergentes acerca do interesse de agir em processos com mesmos pedidos e causa de pedir semelhantes, passando a discussão à observação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição em relação a referida exigência.

No segundo capítulo, este estudo verificou os efeitos do princípio da inafastabilidade da jurisdição através de uma análise da relação previdenciária, concluindo que a exigência de prévio requerimento administrativo como requisito necessário a condição da ação, *per si*, não viola a referida cláusula pétrea, desde que verificada na situação concreta que a ausência do requerimento resulta na ausência de lesão ou ameaça ao direito, todavia, frisa-se, verifica-se que não há qualquer previsão constitucional que fundamente a exigência fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Buscando realizar estudo aprofundado acerca dos predicatos de lesão ou ameaça ao direito, este estudo analisou o princípio da fungibilidade, bem como os efeitos desta aplicação em casos concretos, como nos pedidos de benefícios por incapacidade, concluindo que, nesta hipótese, a ausência de requerimento do benefício corresponde específico não deve resultar em extinção do processo sem resolução do mérito por ausência de interesse de agir, vez que, considerando o princípio da fungibilidade e do melhor benefício, restou-se configurada a lesão ou ameaça ao direito.

No mesmo tópico, foi realizado estudo acerca da necessidade de pedido de prorrogação, que acompanha a discussão acerca da exigência de requerimento administrativo, momento em que se verificou insegurança jurídica grave ante entendimentos jurisprudenciais diversos acerca do mesmo tema, em razão da deficiência de fontes formais e da rasa conceituação daquilo que o Ministro Barroso denomina como “presunção de indeferimento”.

No terceiro capítulo, foram expostas as correntes doutrinárias e jurisprudenciais contrapostas, momento em que foi apresentado o posicionamento adotado neste estudo, defendendo a garantia do acesso à justiça dos segurados, bem como o princípio da inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, garantindo-se assim a segurança jurídica.

Por todo o exposto, este estudo se posicionou pela constitucionalidade da exigência de prévio requerimento administrativo, vez que, conforme estudado, este requisito, *per se*, não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Todavia, em todas as hipóteses o princípio constitucional consagrado no art. 5º, inciso XXXV deve prevalecer.

Desse modo, configurada a lesão ou ameaça ao direito, seja no Direito Previdenciário, ou em qualquer outra matéria, o Juiz não pode se eximir de julgar sob a motivação de ausência de prévio requerimento administrativo.

A exigência de requerimento administrativo prévio visa garantir o acesso à justiça do segurado, objetivando maior eficiência e celeridade no processo judicial, mas nunca o limitar ou cerceá-lo.

Por todo exposto, este estudo defende a adoção de um posicionamento que garanta o acesso à justiça dos segurados, bem como respeite o princípio da inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim; RIBEIRO, Maria Helena Carreira Avim. **Direito Processual Previdenciário à Luz do Novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Controladoria Geral da União: Previdência Social**. Brasília. CGU, 11 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/09-previdencia-social?ano=2022>> Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/01-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750> Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 128, de 28 de março de 2022**. Disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>>

BRASIL. **Lei 8.213/91, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. **Boletim Estatístico da Previdência Social**. Brasília. Ministério do Trabalho e Previdência, 31 de outubro de 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/acao-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/dados-abertos-previdencia-social>> Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Ministério do Trabalho e Previdência. Instituto Nacional do Seguro Social/Diretoria de Benefícios**. 993. Portaria DIRBEN/INSS, Diário Oficial da União: 60, ano 2022, n. 993, p. 270, 28 mar. 2022. Disponível em: <<https://in.gov.br/web/dou/-/portaria-dirben/inss-n-993-de-28-de-marco-de-2022-389275162>>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 273.791-7 São Paulo**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15 ago. 2000. Diário Oficial. Brasília - DF, 15 set. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240 Minas Gerais**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 13 set. 2014.

BRASIL. **Turma Nacional de Uniformização do Juizados Especiais Federais**. Processo: 0500255-75.2019.4.05.8303/PE.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (2º Turma). Recurso Extraordinário**. Processo: 1022438-47.2019.4.01.9999.

BUSSINGUER, Elda Coelho De Azevedo; LORENZETTO, Bruno Meneses; TRAMONTINA, Robison. **Direitos Fundamentais E Democracia**. Vitória: FDV Publicações, 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 19. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 24 ed. Salvador: Jus Podivm, 2022.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. **Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito**. Atlas: 2006.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti (Org.). **Construção de ecologias de saberes e práticas: diálogos com Boaventura de Sousa Santos**. 376 p. Rio de Janeiro: Brasil Multicultural, 2019.

JORGE JÚNIOR. **O princípio da motivação das decisões judiciais**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito – SP. PUC – SP: São Paulo.

LIBERAL, José Roberto Bernadini. **A intervenção jurisdicional nas políticas públicas**. 01. ed. Salvador, BAHIA: Juspodvim, 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. 1, p. 206.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Ações previdenciárias aumentam com decisões divergentes do INSS e da Justiça: Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/acoes-previdenciarias-aumentam-com-decisoes-divergentes-do-inss-e-da-justica/>>

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DIAS, Thaís Araújo. **O Poder Judiciário não cai do céu: Autopreservação Hegemônica Brasileira e a transição para a Juristocracia.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 23, n. 1, janeiro/junho, 2022. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/2023/603>>

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF obtém liminar para segurado requerer diretamente ao INSS aposentadoria por invalidez.** Procurador da República no Rio de Janeiro, 8 de junho de 2022. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-obtem-liminar-para-segurado-requerer-diretamente-ao-inss-aposentadoria-por-invalidez>>

OMMATI, José Emílio Medauar; COURA, Alexandre de Castro. **Problemas da teoria das fontes do direito à luz da ideia de direito como integridade de Ronald Dworkin.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 21, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1814/572>>

PONTES, Daniel de Oliveira. **Mutações no interesse de agir à luz do direito processual civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário.** 9 ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2021.

SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Manual elementar de processo civil.** 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. **Estado Constitucional transformado pela governança por standards e indicadores: estudo de caso no direito brasileiro à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF No 669-DF.** In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). Conexões: Estado, direito e tecnologia. Vitória: FDV Publicações, 2020. E-book. Disponível em: <<https://www.fdv.br/fdv-publicacoes/>>. Acesso em: 20 out. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.