

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS - GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO**

**JURISDIÇÃO CIVIL: O REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO
PRÉVIO À LUZ DA DINÂMICA DOS CONFLITOS**

**Mestrando: Rodrigo Vieira de Aquino
Orientador: Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira
Neto**

**Florianópolis-SC
2018**

RODRIGO VIEIRA DE AQUINO

**JURISDIÇÃO CIVIL: O REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO
PRÉVIO À LUZ DA DINÂMICA DOS CONFLITOS**

Estudo de caso submetido ao Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito, área de concentração em Direito e Acesso à Justiça, da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto.

**Florianópolis-SC
2018**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Aquino, Rodrigo Vieira de
Jurisdição Civil : o requerimento administrativo
prévio à luz da dinâmica dos conflitos / Rodrigo
Vieira de Aquino ; orientador, Prof. Dr. Francisco
José Rodrigues de Oliveira Neto, 2018.
102 p.

Dissertação (mestrado profissional) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de
Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em
Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Requerimento administrativo
prévio. 3. Dinâmica do conflito: intensidade e
interação conflitivas. 4. Interesse de agir. I.
Oliveira Neto, Prof. Dr. Francisco José Rodrigues
de . II. Universidade Federal de Santa Catarina.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.



**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA**

Centro de Ciências Jurídicas

Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito

Campus Universitário Reitor João David Ferreira Lima - Trindade

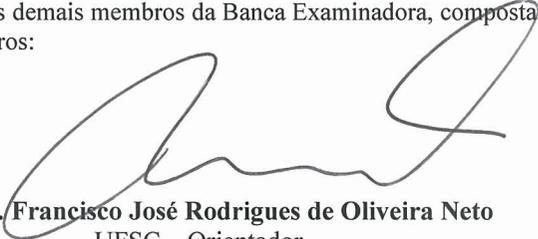
88040-900 - Florianópolis - Santa Catarina

Fone: (48) 3233-0390 – E-Mail: mpd.ufsc@gmail.com

Jurisdição civil: o requerimento administrativo prévio à luz da dinâmica dos conflitos

RODRIGO VIEIRA DE AQUINO

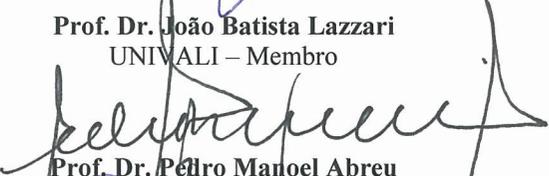
Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:



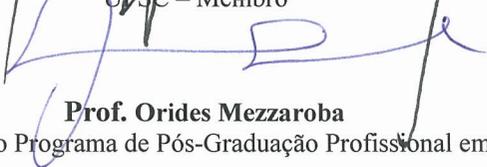
Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
UFSC – Orientador



Prof. Dr. João Batista Lazzari
UNIVALI – Membro



Prof. Dr. Pedro Manoel Abreu
UFSC – Membro



Prof. Orides Mezzaroba
Coordenador do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito

Florianópolis, 27 de novembro de 2018.

Para meu pai, que, no para-barro de seu aposentado caminhão, ensinava que vencer sem luta é triunfar sem glória. Para minha mãe, exemplo de fé na efêmera passagem por este plano. Para minhas irmãs, pela significativa ajuda em tempos de dificuldade.

AGRADECIMENTOS

Ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por permitir e fomentar a capacitação de magistrados e servidores.

Também agradeço ao orientador, Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, pela confiança e atenção dispensadas.

“Vinha cheirando ainda aos cueiros da academia, meio estudante meio doutor, aliando em si, como em idade de transição, o estouvamento de um com a dignidade do outro. As mesmas quimeras tinha, e a mesma simplicidade de coração”

ASSIS, Machado de. *A mão e a luva*.

A aprovação do presente estudo de caso não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Instituição de Ensino à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

Trata-se de estudo de caso que tem por finalidade analisar os contornos teóricos firmados no RE nº 631.240, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgado em 03/09/2014. Busca-se mostrar que a referida decisão vai ao encontro do dinamismo revelado pela teoria moderna do conflito, que indica que a situação litigiosa só será instaurada a partir da interação da parte contrária frente a um recurso utilizado por um dos atores. A moderna teoria do conflito assevera haver certo dinamismo nas relações sociais conflitivas. O dinamismo é avaliado pela intensidade e pela interação conflitivas. A intensidade é o recurso utilizado por um dos atores para obter uma situação de vantagem. Há meios menos e outros mais intensos. No campo do Direito Administrativo, dentre outros, estão à disposição dos interessados o chamado direito de petição e o direito de ação. O direito de petição é considerado menos intenso para o fim almejado, visto que possibilita o assentimento da administração sem qualquer ônus para ela, ao contrário do que ocorre com o processo judicial. De outro lado, a interação decorre da intensidade, ou seja, é resultado dela, o modo como a outra parte absorve o recurso utilizado. O requerimento administrativo prévio permite que a interação possa ser positiva, ocasião em que o bem da vida em escassez será adjudicado à parte que utilizou do recurso, resultando pacificação social. Também permite avaliar a existência de lesão ou ameaça de lesão a direito, pois o dissenso, por ação, omissão ou por comportamento anterior evidentemente contrário à pretensão, legitima o interessado a ingressar com ação judicial. O que não se pode permitir é que, mesmo tendo a possibilidade do direito de petição, o autor questione uma situação de vantagem judicial sem saber se a administração apresentaria resistência ou não ao pedido administrativo formulado. Sem requerimento administrativo prévio, o autor carece de interesse de agir, pois o juiz não poderá aferir se houve lesão ou ameaça de lesão ao seu direito, condicionante inexorável ao ingresso em Juízo.

Palavras-chave: Requerimento administrativo prévio. Dinâmica do conflito: intensidade e interação conflitivas. Interesse de agir.

ABSTRACT

This is a case study that aims to analyze the theoretical boundaries established in RE N. 631240, reporting Justice Roberto Barroso, sentenced in 03/09/2014. It seeks to show that this decision meets the dynamism revealed by the modern conflict theory, which indicates that the litigious situation is only going to be introduced by the interaction of the opposing party against an appeal used by one of the actors. The modern conflict theory ensures that there is a certain dynamism in the conflicting social relationships. Dynamism is assessed by intensity and conflicting interaction. The intensity is the source used by one of the actors to get to an advantage position. There are less or more intense ways. In administrative law, among others, there are the right of petition and the right of action available to the interested parties. The right of petition is considered less intense for the desired purpose, since it enables the administration agreement without any onus to it, the opposite of what happens with the legal actions. On the other hand, the interaction derives from the intensity, in other words, the way that the other part absorbs the appeal used is a result from it. The Prior administrative procedure allows the interaction to be positive, when life in shortness will be awarded to the party who has appealed, resulting in social peace. It also allows to evaluate the existence of injury or threat of injury of the rights, because the dissension, by action, omission or by previous behavior, obviously against to the claim, legalizes the interested party to enter with judicial action. What cannot be allowed is that, even by having the right to petition, the author questions the convenience of a situation in court without knowing whether the administration would present resistance or not to the administrative request formulated. Without prior administrative procedure, the author misses the interest to act, because the judge cannot assess whether there was injury or threat of injury to his right, an inexorable conditional to admission to the court.

Keywords: condition of administrative action. Dynamics of conflicts: interaction and intensity. Standing to sue.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1. O AXIOMA DO ACESSO À JUSTIÇA E A GUINADA JURISPRUDENCIAL FIRMADA NO RE Nº 631.240	23
1.1 O ART. 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: ORIGEM, SEDIMENTAÇÃO E OS PROBLEMAS DE SUA DEMASIADA AMPLITUDE	23
1.2 O MOVIMENTO JURISPRUDENCIAL DE CONTENÇÃO DE LIDES: “JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA”?	35
2. ANÁLISE DO RE Nº 631.240 À LUZ DA DINÂMICA DO CONFLITO	41
2.1 NOÇÕES GERAIS E APONTAMENTOS BREVES SOBRE DINÂMICA DO CONFLITO: A INTENSIDADE E A INTERAÇÃO CONFLITIVA	41
2.2 A INTENSIDADE CONFLITIVA EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A ESCOLHA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – DIREITO DE PETIÇÃO – COMO MEIO EFICAZ E MENOS INTENSO PARA CONSECUÇÃO DOS OBJETIVOS DO CIDADÃO	46
2.3 A INTERAÇÃO SOB A ÓTICA DA ADMINISTRAÇÃO: O CONSENSO E A SUBMISSÃO (INTERAÇÃO POSITIVA) E O DISSENSO E A OMISSÃO (INTERAÇÃO NEGATIVA) RESULTANTES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	54
2.3.1 A interação positiva: o processo administrativo como meio eficaz à consecução de direitos subjetivos.....	56
2.3.2 A interação negativa por ação: a resistência fundada da administração	62
2.3.2 A interação negativa por omissão: o silêncio administrativo que resulta dissenso.....	68
2.3.3 A interação negativa chapada ou evidente	77
3. O INTERESSE PROCESSUAL: UMA REELEITURA COM ENFOQUE NA DINÂMICA DO CONFLITO	83
3.1 A JUSTIÇA MULTIPORTAS E A SUBSIDIARIEDADE DA JURISDIÇÃO CIVIL:.....	83
3.2 O INTERESSE DE AGIR COMO CONDICIONANTE DO ACESSO À JUSTIÇA: A NECESSIDADE DE SE IR A JUÍZO EM	

COTEJO COM A DINÂMICA DO CONFLITO E AS DIRETRIZES DO RE Nº 631.240	86
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS.....	99

INTRODUÇÃO

É inegável que a questão judiciária no Brasil não tem correspondido às expectativas do cidadão. Aliás, em toda situação que a demanda for evidentemente desproporcional à oferta, a tendência será o descontentamento com o resultado obtido, visto que os meios utilizados não se mostram suficientes para dar tratamento adequado à causa.

Deveras, a conflituosidade é um evento indissociável ao ser humano, que é um ser gregário por excelência. O conflito, portanto, sempre existirá enquanto houver sociedade. No entanto, se o Estado chamou para si a responsabilidade de dirimir os conflitos pelo exercício da força, rompendo o paradigma da injusta autotutela, não se mostra igualmente verdadeira a afirmação segundo a qual cabe apenas ao Judiciário personificar o Estado na realização de tal *mister*.

É fato que a precária divulgação de outros meios de solução de conflitos fez com que o Judiciário incorporasse uma característica que não lhe é exclusiva, de modo que passou a ser visto como a panaceia dos males de todo e qualquer interesse resistido ou insatisfeito.

E é o terreno da resistência que se pretende explorar no presente estudo de caso, de modo a desmistificar quais conflitos podem, em tese, ser decantados por outros modos de solução igualmente eficazes.

Resistência, aliás, que é conceito sociológico cujo surgimento dá azo à formação de um cenário de conflitivo, quadro este que se notabiliza por sua dinamicidade. Diz-se dinâmico, uma vez que pode variar em concordância ao comportamento das partes.

O comportamento dos atores da cena conflitiva é mensurado de acordo com o meio que um deles se utiliza para obter aquilo que almeja, seja ele mais ou menos intenso, e, por outro lado, pela absorção do outro ator em relação ao meio utilizado, que pode interpretar o uso daquele meio, negativamente, como uma ameaça, por exemplo, dando ensejo ao que Carnelutti bem cunhou de “pretensão resistida”, ou de modo positivo, aderindo ao intento da outra parte, hipótese em que o conflito cede espaço à cooperação.

A título de exemplo, a demanda levada a efeito perante o Poder Judiciário pode ser classificada como um meio de elevado

grau de intensidade, em comparação ao requerimento administrativo prévio.

Com efeito, a administração pública, ao se deparar com uma ação judicial para reconhecimento de um direito do jurisdicionado, vê-se na contingência de opor-se ao pedido, pelos meios legais, uma vez que, acaso sucumbente, deverá, em alguns casos, arcar com as custas processuais, além dos honorários do advogado da parte contrária. Desse modo, em processos judiciais, escassas são as hipóteses em que não se haverá pretensão resistida, de modo que a interação, que decorre do meio de intensificação que é a ação judicial, não raro, será negativa, o que redundará nos longos, desgastantes e volumosos processos judiciais que já conhecemos.

De outro lado, o processo administrativo, iniciado por requerimento de seu interessado – considerado, portanto, como meio colocado à disposição do cidadão, também conhecido como direito de petição –, é, a toda evidência, significativamente, menos conflituoso em relação ao processo judicial, ou seja, a intensidade conflitiva operar-se-á em menor escala.

De fato, o requerimento administrativo pode ser considerado a válvula motriz da interação em conflitos envolvendo a administração pública. Com ele, portanto, é possível perquirir se a administração irá apresentar resistência, por ação ou omissão, ou se atenderá a pretensão do requerente sem maiores delongas.

Sem uma interação mínima, contudo, não é possível, ainda, se cogitar, em lesão ou ameaça de lesão a direito, o que inviabiliza a provocação do Poder Judiciário, por ausência de interesse de agir, ante a falta da famigerada pretensão resistida.

Desse modo, o precedente qualificado que será abordado no corpo deste estudo indica que, nas situações em que não houve nenhuma interação daquele que pretende ver um direito reconhecido pela administração pública, mostra-se necessário o prévio requerimento administrativo, que é um recurso colocado à disposição destes interessados, de baixo ou nenhum custo, e de igual resultado ao conferido pela decisão adjudicada em processo judicial.

Se a interação inicial for de ordem negativa, o interessado já está autorizado a ingressar com ação judicial, a exemplo do que ocorre nos casos de indeferimento pelo INSS da pretensão previdenciária, ou se excedido o prazo legal para sua análise.

O que se está a exigir não é o esgotamento das vias administrativas, mas sim uma interação mínima com a administração. Observe-se, no mesmo caso acima, que já haverá interação negativa na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, de modo que o pedido poderá ser formulado diretamente em Juízo, porquanto o comportamento anterior do ente público indica que não atuará de modo cooperativo a reconhecer o direito pleiteado administrativamente. É o que se convencionou chamar, no presente estudo, como interação negativa evidente.

A ideia de fundo, portanto, é viabilizar a prévia interação entre os litigantes para, só no caso de resistência – por ação ou omissão –, buscar uma solução por meio do Poder Judiciário, de modo que sua ingerência no cenário conflitivo concretize-se apenas quando, sem consenso, haja efetiva lesão ou ameaça de lesão a direito e a prestação jurisdicional – decisão adjudicada –, seja medida útil e necessária a uma das partes, inclusive sob o enfoque custo-benefício.

1. O AXIOMA DO ACESSO À JUSTIÇA E A GUINADA JURISPRUDENCIAL FIRMADA NO RE Nº 631.240.

1.1 O ART. 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: ORIGEM, SEDIMENTAÇÃO E OS PROBLEMAS DE SUA DEMASIADA AMPLITUDE

O princípio do acesso à Justiça, da ação, da inafastabilidade da jurisdição, dentre outros nomes encontrados na doutrina é, sem dúvida, um dos valores de maior envergadura no mundo contemporâneo. Como mencionado por Garth e Cappelletti e bem apontado por Pedro Manoel Abreu, o acesso à justiça pode ser encarado como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretende garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.¹

Não se pode tolher, portanto, lesão ou ameaça de lesão de direitos do exame do Poder Judiciário. Este axioma é um legado que advém do movimento pelo acesso à justiça expresso no Projeto Florença, na década de 1970, cuja finalidade precípua seria evitar que a questão judiciária fosse oligarquizada, de modo a ser exercida apenas pelos mais abastados, seja pelo viés econômico, do monopólio das informações ou da tecnicidade jurídica.

Por tal razão, a dificuldade do acesso à justiça passou a ser vista como uma questão social e um paradigma a ser superado. Tal rompimento adveio, sobretudo, pela publicação da clássica obra *Acesso à Justiça*,² na qual seus autores, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, apresentaram os entraves que atravancavam, à época, o legítimo acesso à justiça e que justificavam a adoção de algumas técnicas jurídicas novas, as quais definiram como “ondas renovatórias”, de modo a permitir a flexibilização do acesso nos planos econômico, representativo e da própria rigidez normativa.

A questão do acesso à justiça ganha notoriedade sobretudo com o Projeto

¹ ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 32.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Florença, liderado por Mauro Cappelletti, que propugna um processo civil comprometido com a inclusão do maior número possível de jurisdicionados. Neste contexto, é imposição democrática a possibilidade de o cidadão efetivamente recorrer ao Estado-Juiz em busca da tutela de seus direitos. [...] O compromisso do movimento é sobretudo com a potencialização do processo enquanto instância capaz de conferir efetividade aos direitos. É no quadro desta discussão que é publicado em 1978, “Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, sistematizando o tema e reconhecendo a existência de “obstáculos” a serem transpostos [...] Neste contexto, é particularmente interessante mencionar o estabelecimento de “soluções práticas” para os problemas de acesso à justiça. Estas soluções decorreriam para Cappelletti de um amplo movimento iniciado em 1965 nos países de mundo ocidental. Este movimento teria se consolidado a partir de sucessivas ondas de renovação [...]³

No Brasil, após o período de turbulência institucional e política, mas em posse dos estudos encetados pelo Projeto de Florença, sobreveio a atual Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, fruto de um Congresso Nacional Constituinte,⁴ pelo que o acesso à Justiça,

³ TEIXEIRA, João Paulo Fernandes Allain. Acesso à justiça, proporcionalidade e a “pílula vermelha”: entre racionalidade e hermenêutica. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: JusPodvm, 2008. p. 88.

⁴ A Assembleia Nacional Constituinte possui poderes apenas originários, ou seja, somente é eleita para criar uma nova constituição. Com a criação do novo Estado, ela se dissolve. O Congresso Nacional Constituinte, por sua vez, possui poderes originários e derivados. É o caso da Constituição Federal de 1988, na qual os congressistas não foram eleitos para o fim específico de criar uma nova constituição, mas sim para representar o povo quando de sua criação e ali permanecer até o término dos mandatos a eles outorgados, com poderes, inclusive, de reforma constitucional – poder constituinte derivado.

efetivamente, “deixou de ser tema teórico para encontrar reflexo no texto constitucional e para representar um contínuo esforço de todo o operador jurídico brasileiro, no sentido de alargar a porta da Justiça a todos, principalmente os excluídos”.⁵

Com efeito, a Constituição da República dedicou um capítulo próprio de consagração não só de direitos, mas também de garantias fundamentais, tendo destaque, dentre outros direitos e garantias necessárias à dignidade da pessoa humana, o amplo acesso à justiça.

Nesse sentido, é precisa a lição de Renato Nalini⁶:

[...] a Constituição do Brasil de 1988 é pródiga em exemplos de preceitos demonstradores da intenção de favorecer o acesso de todos os homens ao benefício da Justiça. Isso, a partir do art. 1º, III, que estabelece, como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana. Sem a via aberta ao Judiciário nenhuma pessoa terá reconhecida em plenitude sua dignidade, quando vulnerada em seus Direitos.

Deveras, o acesso à Justiça mostrou-se, de maneira concomitante, um direito e uma garantia fundamental na Lei Fundamental.

Se, por um lado, garante ao cidadão o acesso ao Judiciário, impedindo que o legislador possa, no exercício de sua função precípua, tolher, apequenar ou embaraçar referida salvaguarda, de outro confere ao cidadão o direito a uma ordem jurídica justa, justeza que traz consigo os deveres anexos de celeridade, efetividade e segurança jurídica.

Diante de tal conjuntura, vislumbra-se o direito fundamental de qualquer cidadão de, à margem da garantia fundamental inexorável de acessar o Judiciário⁷, ter uma decisão tempestiva

⁵ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 19.

⁶ *Idem*, p. 42.

⁷ É necessário destacar, frente à vagueza do termo acesso à justiça, que a ele são atribuídos pela doutrina diferentes sentidos, sendo eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário e torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário; o

sobre seu problema e que seja adequada a ele, configurada, notadamente, pela colocação de termo à crise de certeza ou de adimplemento sobre um direito que julga possuir, sem, contudo, descambar para decisões afrontosas à lei e à jurisprudência dominante dos tribunais – em especial, os precedentes qualificados que se encontram descritos no artigo 927 do Código de Processo Civil.

Para esclarecer tal afirmação, traz-se, à lume, os apontamentos de Luiz Felipe Siegert Schuch:⁸

[...] o verdadeiro Acesso à Justiça ocorre quando ao cidadão é garantida e implementada, de forma plena, não só a possibilidade de comparecer perante o aparelho estatal e postular a solução de um conflito, mas também quando este conflito se resolve em tempo breve, com um resultado compatível com as normas jurídicas e, acima de tudo, justo.

Na mesma linha de ideias, posiciona-se Luiz Guilherme Marinoni:

O direito à tutela jurisdicional é exercido mediante propositura de ação. A ação é direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo. Importa antes de qualquer coisa o ângulo teleológico do assunto. A rica literatura formada a respeito do conceito de ação na segunda metade dos Oitocentos e na primeira metade dos Novecentos, principalmente Alemanha e na Itália, portanto, com o advento da fundamentalização do direito de ação, ganha novo significado – o foco é deslocado do conceito para o resultado propiciado pelo seu

segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. E conclui que esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro. (RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28).

⁸ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. *Acesso à justiça e autonomia financeira do Poder Judiciário: a quarta onda?* Curitiba: Juruá, 2010. p. 54.

exercício. Vale dizer: a ação passa a ser teorizada como meio para prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos. Trata-se de direção oriunda da consciência de que não basta declarar os direitos, importando antes de qualquer coisa prever técnicas processuais capazes de realizá-los, sem os quais o direito perde qualquer significado em termos de efetiva atuabilidade.⁹

Vale destacar também que, ao contrário da Constituição de 1946, que previa que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de Direito individual”, a vigente Lei Fundamental suprimiu a expressão “individual”, a evidenciar um silêncio eloquente dos constituintes, que passavam a reconhecer, como fundamentais, direitos que transcenderiam a esfera individual, o que vai ao encontro dos ideais do Projeto de Florença quando propugna pelo redimensionamento da finalidade egoística do processo individual, para se alcançar o fim altruístico do processo coletivo.

É o que se colhe do escólio de José Afonso da Silva, ao comentar o teor do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República:¹⁰

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.164-165.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 434.

peças jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também.

A par dos inúmeros avanços, há ainda de se fazer menção aos grandes passos que foram dados, no terreno do acesso à justiça, pelo chamado Poder Constituinte Derivado.

De fato, o chamado “acesso à justiça”, como já referido, não é visto apenas como uma garantia fundamental de bater às portas do Poder Judiciário quando houver lesão ou ameaça de lesão a direito, mas vai além: consiste num direito fundamental do jurisdicionado ao acesso a uma ordem jurídica célere, efetiva e justa, sem, contudo, vilipendiar a segurança jurídica.

Atento às aspirações populares, o parlamento nacional, no uso de suas atribuições de reforma da Constituição da República, inseriu, em forma de emenda à Constituição, o inciso LXXVIII ao artigo 5º, cuja redação assim ficou definida: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Quanto a este aspecto, esclarece Cássio Scarpinella Bueno:¹¹

[...] a virtude da ascensão constitucional do tema, que não tem a cor de novidade, reside mais na inspiração que trouxe às reformas do processo, todas visando a efetividade e a aceleração dos ritos, como, por exemplo, a adoção do sincretismo processual; a simplificação da atuação da fase executiva, com a adoção da não suspensividade como regra e assim por diante, além das demais iniciativas legislativas que se encontram em andamento, considerado que o preceito já se encontrava implicitamente abrangido pela garantia de acesso ao Judiciário.

Contudo, pela crescente disseminação da informação nos meios dispostos à comunidade e aos cidadãos em geral, especialmente na última década, o que, a princípio, seria salutar,

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella; CIANCI, Mirna. *O acesso à justiça e as reformas do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

mas, verificado na prática, apenas contribuiu para difusão da cultura da litigância e da filosofia hedonista, a discussão acerca do acesso à Justiça descambou para o olhar do Poder Judiciário como o órgão detentor do monopólio da decisão adjudicada imperativa.

Em outras palavras, “o vazio do Estado do bem-estar [foi] preenchido pelas instituições da Justiça, muro de lamentações da cena contemporânea, na metáfora de Garapon”.¹²

Vale destacar, por exemplo, que, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2016.¹³

Não é demais mencionar que:

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13,1 milhões, ou seja, 16,4%, estavam suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura.

Durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos e foram baixados 29,4 milhões. Um crescimento em relação ao ano anterior na ordem de 5,6% e 2,7%, respectivamente.

Mesmo tendo baixado praticamente o mesmo quantitativo ingressado, com Índice de Atendimento à Demanda na ordem de 100,3%, o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, em 3,6%, e chegou ao final do ano de 2016 com 79,7 milhões de

¹² ABREU, Pedro Manoel. *O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva*. 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Doutorado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 20.

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. p. 71. Neste indicador são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo, as execuções judiciais iniciadas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>. Acesso em: 14.out.17.

processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva.¹⁴

A doutrina moderna não deixou de lado tal visão crítica, conforme pode ser observado no comentário encetado por Renato Nalini:¹⁵

A sociedade brasileira não pode ser convertida num grande tribunal. Nem todas as causas podem ser submetidas ao convencionalismo de uma decisão judicial, lenta custosa, hermética e ininteligível para a população. O judiciário há de ser reservado para as grandes questões. Tudo aquilo que a comunidade puder solucionar por si, sob o influxo da noção de justiça nela disseminada pela atuação do principal dos operadores jurídicos – o juiz – será satisfatório. Há de se ressuscitar o princípio da subsidiariedade e ainda o da solidariedade, não se pretendendo multiplicar o número de juízes até o infinito.

Com a propriedade que lhe é peculiar, Humberto Theodoro Júnior adverte:¹⁶

Desde que a consciência jurídica proclamou a necessidade de mudar os rumos da ciência processual para endereçá-los à problemática do acesso à Justiça houve sempre quem advertisse sobre o risco de uma simplificação exagerada do processo judicial produzir o estímulo excessivo à litigiosidade. A proliferação de demandas por questões de somenos representa, sem dúvida, um complicador indesejável. Quando o recurso à Justiça oficial representa algum ônus para o litigante, as soluções conciliatórias e as acomodações voluntárias de interesse opostos acontecem em grande número de

¹⁴ *Idem*, p. 67.

¹⁵ NALINI, José Renato. *Op. cit.*, 2000, p. 100.

¹⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 36, p. 33, jul./ago. 2005.

situações, a bem da paz social. Se, porém, a parte tem a seu alcance um tribunal de fácil acesso e custo praticamente nulo, muitas hipóteses de autocomposição serão trocadas por litigiosidade em juízo. É preciso, por isso mesmo, assegurar o acesso à Justiça, mas não vulgarizá-lo, a ponto de incentivar os espíritos belicosos à prática do “demandismo” caprichoso e desnecessário.

Primorosa, ademais, a conclusão tomada por Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁷, a qual bem reflete as características do acesso à justiça, repaginado e compatibilizado com os anseios e necessidades da sociedade contemporânea e com as limitações orçamentárias do Estado:

Urge, pois, dessacralizar o acesso à Justiça, despojando-o da aura que o tem erigido numa sorte de cláusula pétreia, contexto ainda gravado pelas limitações da capacidade financeiro-orçamentária do Estado, para prover os investimentos que seriam necessários ao “acompanhamento” do vertiginoso crescimento da demanda. O acesso à Justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso “convite à demanda” para, realisticamente, reduzir-se a uma cláusula de reserva, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário, plasmado sob duas premissas: (i) os conflitos – inter ou plurissubjetivos – constituem um mal em si mesmos, nisso que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, engendram os males de um superdimensionamento do Judiciário; (ii) tais conflitos devem ter solução justa, num bom equilíbrio entre o custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, mas não necessariamente pela via judicial, senão que também – e em certos casos até

¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 70.

preferivelmente – por meios dos chamados equivalentes jurisdicionais, tais as formas alternativas de solução de conflitos, nas várias modalidades auto e heterocompositivas.

Por tal razão, na atual conjuntura, o axioma segundo o qual não se pode tolher lesão ou ameaça de lesão de direitos do exame do Poder Judiciário mostra-se correto desde que examinado no plano apriorístico.

Propositalmente, prefere-se o termo axioma do acesso à justiça, visto que o inciso XXXV, do artigo 5º da CF/1988, reveste-se de faceta principiológica e prospectiva, de modo a encampar mandamento proibitivo dirigido ao parlamento, no sentido de que não poderá criar veículos normativos abstratos que, de algum modo, inviabilizem a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito do Poder Judiciário.

De outro lado, no plano concreto, tal premissa não deve ser encarada como absoluta. Em situações presentes, a oferta da justiça estatal não está “disponibilizada, em modo franco, genérico e prodigalizado, a toda e qualquer situação de interesse contrariado ou insatisfeito, como fora o Judiciário um *guichê geral* de reclamações”.¹⁸ Aliás, foi este tipo equivocado de interpretação do acesso à justiça que respaldou variáveis que renderam ensejo à indesejada juridicização da vida em sociedade.

[...] pode-se tentar uma sistematização dos fatores que, operando como concausas, resultam no excesso de demanda por justiça estatal: (a) desinformação ou oferta insuficiente quanto a outros meios, ditos alternativos, de auto e heterocomposição de litígios, gerando uma cultura da sentença, na expressão de Kazuo Watanabe; (b) exacerbada juridicização da vida em sociedade, para o que contribui a pródiga positividade de novos direitos e garantias, individuais e coletivos, a partir do texto constitucional, projetando ao interno da

¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015. p. 207.

coletividade uma expectativa (utópica) de pronto atendimento a todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito; (c) ufanista e irrealista leitura do que se contém no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988 – usualmente tomado como sede do acesso à Justiça –, enunciado que, embora se enderece ao legislador, foi sendo gradualmente superdimensionado (ao influxo de motes como ubiquidade da justiça, universalidade da jurisdição), praticamente implicando em converter o que deveria ser o direito de ação (específico e condicionado) em um prodigalizado dever de ação; (d) crescimento desmensurado da estrutura judiciária – oferta de mais do mesmo sob a óptica quantitativa –, com a incessante criação de novos órgãos singulares e colegiados, e correspondentes recursos humanos e materiais, engendrando o atual gigantismo que, sobre exigir parcelas cada vez mais expressivas do orçamento público, induz a que esse aumento da oferta contribua para retroalimentar a demanda [...]¹⁹

Como visto, o que se tem, na atualidade, é uma *ufanista e irrealista* leitura do que se contém no inciso XXXV, do art. 5º da CF/1988.

Além disso, segundo alguns estamentos, o Judiciário:

[...] perante a sociedade, ele é visto cada vez mais como um inepto, viciado e moroso prestador de serviços. Já o Executivo o considera uma instituição perdulária e irresponsável, uma vez que seus gastos e suas liminares estariam comprometendo o ajuste fiscal, tolhendo as iniciativas da equipe econômica e impedindo as tão decantadas reformas. Por fim, o Congresso o acusa de estar interferindo no processo legislativo, de ‘judicializar’ ou ‘tribunalizar’ a vida política e

¹⁹ Idem, p. 58-59.

administrativa do país e, por consequência, de comprometer o equilíbrio institucional.²⁰

Portanto, em tempos em que a credibilidade do Poder Judiciário é colocada em xeque,²¹ o estudo de outras formas de respostas adequadas aos conflitos, capazes de suavizar a cultura da sentença, mostra-se indispensável.

Atento à crise de no que se refere à atividade fim do Poder Judiciário, o próprio parlamento, por exemplo, editou a Lei nº 11.441/2007 e legitimou os tabeliães a processar inventários e divórcios consensuais, desde que não haja interesse de incapazes.

Com efeito, tal iniciativa recrudescer ainda mais a constatação segundo a qual a justiça estatal, materializada na figura do Poder Judiciário, não possui o monopólio de resolução das pretensões de direito, especialmente nas situações em que não haja resistência dos atores.

Por isso, é importante, no campo da conflituosidade, percorrer um trajeto mais rápido, menos esburacado e sem pedágios para composição do litígio, de modo a atribuir eficácia a:

outras estradas vicinais, adrede pavimentadas para ofertar justiça por outros meios e perante outros atores da cena judiciária, sempre ao pressuposto de que o conflito de interesses, renunciado ou consumado venha prevenido, ou, então,

²⁰ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e seus dilemas. *Revista do Advogado (AASP)*, n. 56, p. 64, set. 1999.

²¹ Segundo relatório do Índice de Confiança na Justiça no Brasil (ICJBrasil) – do 1º semestre de 2016, cerca de um terço dos brasileiros afirmou confiar no Poder Judiciário, número ligeiramente abaixo à confiança nas Emissoras de TV (33%) e um pouco superior à confiança na Polícia (25%). Tal percentual encontra-se bastante abaixo de outras instituições como a Igreja Católica (57%) e as Forças Armadas (59%). Os brasileiros também confiam mais na Imprensa Escrita, Ministério Público e Grandes Empresas, do que no Judiciário. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/RelatorioICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 09.dez.17.

composto de modo justo, sob uma boa equação de custo-benefício.²²

1.2 O MOVIMENTO JURISPRUDENCIAL DE CONTENÇÃO DE LIDES: “JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA”?

Vislumbrando a facilidade de tal percurso e inclinada a incutir na sociedade a ideia de que há caminhos igualmente adequados à solução de conflitos, para além da própria justiça estatal, a jurisprudência pátria passou a rever, em alguns casos, o dogma da incondicionalidade do direito de ação.

Por essa razão, alguns críticos passaram a taxar tal postura com a pejorativa nomenclatura “jurisprudência defensiva”, que é indicativa de prática construída, em regra, pelos Tribunais Superiores de restrições desarrazoadas impostas aos jurisdicionados para impedir a chegada e o conhecimento de ações ou recursos que lhe são dirigidos.

No entanto, a despeito das críticas, alguns casos paradigmáticos foram objetos de afetação pelos Tribunais Superiores, sob a sistemática dos recursos repetitivos, cujos resultados superaram a eficácia meramente persuasiva do precedente e estipularam regimento vinculante às demandas isomórficas.

Por exemplo, visando aprofundar o aporte teórico do RE nº 631.240, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, em sessão do Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, é que este estudo foi encetado.

A ementa RE nº 631.240 restou assim publicada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO
REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E
INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de
condições para o regular exercício do direito
de ação é compatível com o art. 5º, XXXV,
da Constituição. Para se caracterizar a
presença de interesse em agir, é preciso
haver necessidade de ir a juízo. 2. A
concessão de benefícios previdenciários
depende de requerimento do interessado,

²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado do direito*, p. 153.

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. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. 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. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias,

sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado 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 será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir.

O caso, na origem, revelou hipótese de pedido de concessão de aposentadoria rural por idade proposta por segurada do INSS, que alegou ser diarista, mas não formulou a referida pretensão na esfera administrativa.

O juiz que primeiro tomou conhecimento da causa extinguiu o feito, sem resolução do mérito, pela ausência de interesse de agir, visto que vislumbrou a ausência de pretensão resistida. Tal comando decisório, no entanto, foi anulado pelo segundo grau da origem, sob o argumento de que exigir o prévio

requerimento administrativo violaria o preceito constitucional da livre acessibilidade ao Poder Judiciário.

Reconhecida a repercussão geral do tema ventilado em sede de recurso extraordinário, vários amigos da corte (*amicus curiae*) pugnaram por sua intervenção no RE nº 631.240, mas somente a União, o Defensor Público Geral Federal e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) é que foram admitidos.

Ao fim, deu-se parcial provimento ao recurso extraordinário interposto reformando-se o acórdão que anulou a sentença de primeiro grau para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeira instância, que deveria intimar a autora a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção.

Fixou-se, ainda, as seguintes balizas, que foram cunhadas como “fórmulas de transição”:

(i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito. Isto porque os Juizados Itinerantes são iniciativas organizadas do 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. Para os Juizados Itinerantes futuros essa ressalva não é necessária, porque o INSS tem encaminhado às comunidades um posto móvel de atendimento antes da efetiva realização do Juizado Itinerante, assegurando o acesso prévio à via administrativa;

(ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão. Em razão das oscilações jurisprudenciais na matéria, essa solução se justifica para os processos já ajuizados e não ocasionará prejuízo às partes, uma vez que preserva o contraditório e permite ao juiz decidir a causa tendo ciência dos motivos pelos quais o INSS se opõe ao pedido; e

(iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) serão sobrestadas e baixadas ao juiz de primeiro grau, que deverá intimar o autor a dar entrada no pedido administrativo em até 30 dias, sob pena de extinção do processo por falta de interesse em agir. Comprovada a postulação administrativa, o juiz intimará 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 for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente (e.g., não comparecimento a perícia ou a entrevista administrativa), extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. Em qualquer caso, a análise quanto à subsistência da necessidade do provimento jurisdicional deverá ser feita pelo juiz.²³

Dáí, portanto, a curial necessidade de aprofundamento do tema requerimento administrativo prévio, além do estudo da sua indissociável relação com o interesse de agir em Juízo.

Apenas para fins de constatação do que acima foi afirmado, vale citar um segundo caso que advém do tribunal da cidadania, no que se refere aos requisitos para a propositura da ação cautelar de exibição de documentos. No mencionado julgado, restou firmada a tese segundo a qual faz necessária a comprovação de prévio requerimento administrativo junto à instituição financeira e o pagamento do custo do serviço de emissão de documentos, quando exigido, para que fique configurada a necessidade e a utilidade do provimento jurisdicional. Veja-se:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

23 Trecho retirado do inteiro teor do RE nº 631.240, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, em sessão do Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_6718842>. Acesso em: 06.09.18..

ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.

2. No caso concreto, recurso especial provido (REsp nº 1.349.453, de Mato Grosso do Sul, Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10-12-2014).

Contudo, é importante deixar claro que o presente estudo é dirigido apenas ao processo administrativo norteado pelos ditames do regime jurídico-administrativo.

Entes privados, como instituições bancárias, possuem maior liberdade em relação à manifestação da sua vontade, razão pela qual seu estudo não será aprofundado na espécie.

Para uma visualização mais ampla da problemática e buscando superar a visão de que se trata de uma jurisprudência defensiva, passa-se ao aporte teórico do tema.

2. ANÁLISE DO RE Nº 631.240 À LUZ DA DINÂMICA DO CONFLITO

2.1 NOÇÕES GERAIS E APONTAMENTOS BREVES SOBRE DINÂMICA DO CONFLITO: A INTENSIDADE E A INTERAÇÃO CONFLITIVA

O estudo da conflituosidade é bastante amplo. Pode-se vislumbrar, por exemplo, conflitos de nações igualmente soberanas, conflitos religiosos, conflitos de relacionamento interpessoal, conflitos organizacionais etc.

O conflito, espécie do gênero relação social, pode ser definido como uma sequência de condutas recíprocas cujos atores, que a realizam, apresentam objetivos incompatíveis entre si.²⁴

Da palavra conflito emergem conectivos como discórdia, dissenso ou desentendimento entre as partes envolvidas, que é justificada pela contraposição de interesses verificada, de tal sorte que as condutas recíprocas não são estáticas.

Com efeito, referidas condutas podem variar no tempo pelos movimentos, iniciais ou ulteriores, de ascensão ou arrefecimento dos comportamentos – viés objetivo –; sofrer mutações de acordo com a percepção ou absorção que decorre deste comportamento – viés subjetivo –; e ainda deixar-se influir por externalidades negativas, como a de hostilidade entre as partes – um inimigo figadal não vai comportar-se de maneira cooperativa com a parte contrária, a princípio.

Trata-se, portanto, de um processo eminentemente dinâmico, sujeito a permanente alteração.

Aliás, a dinâmica conflituosa instalada, de acordo com as variáveis descritas no parágrafo anterior, condiciona, em certa medida, os métodos de administração e resolução de conflitos.

Veja-se que, no caso de conflitos entre nações igualmente soberanas, uma ruptura diplomática, com a retirada do embaixador do país em que se rompeu relações, seria menos intensa em relação à determinação de Estado de Guerra contra o país beligerante, que reclama recursos de alta escala e maior tempo de conflito. Tal postura, por consequência, resultaria

²⁴ ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2002. p. 75.

menor conflituosidade entre os países envolvidos e poderia até viabilizar uma retomada de diálogo posteriormente.

No âmbito das relações civis, a inscrição no cadastro restritivo de crédito, por exemplo, pode ser de grande valia para o credor de uma quantia em dinheiro sob o viés objetivo, que pode ter sua pretensão satisfeita no dia seguinte, colocando, com presteza, termo ao conflito, mas pode ser ineficaz perante devedor contumaz, que absorverá o comportamento anterior como apenas mais uma dívida não paga por ele, dando causa, assim, à protração do conflito no tempo.

No entanto, se, no mesmo exemplo, o credor ingressa com ação judicial e requer a penhora do salário do devedor, tem-se que o comportamento objetivamente analisado notabiliza-se por seu caráter extremo, ou seja, de alta intensidade, ao passo que o devedor, mesmo sendo contumaz, ao deparar-se com o cenário de privação de recursos, poderá ceder à pretensão do credor, encontrando um meio para pagamento, realizando um acordo ou intensificando ainda mais o conflito com o manejo de recursos ou qualquer outro meio capaz de inviabilizar a pretensão.

Portanto, de acordo com o comportamento de uma parte e a análise subjetiva dessa postura pelo outro ator, o conflito poderá descambar para intensificação dos meios e extensão do tempo conflitivo, o que implica maior hostilidade entre os envolvidos.

Dessarte, a dinâmica do conflito deve ser analisada sob dois enfoques: o objetivo ou comportamental, que Remo Fernando Entelman denomina como intensidade conflitiva,²⁵ e o subjetivo, que o mesmo autor se refere como interação conflitiva.²⁶

A intensidade será variante de acordo com os meios ou recursos colocados à disposição dos atores do cenário conflitivo.

Segundo Entelman:

La intensidad a que nos referimos aquí no es la intensidad del sentimiento conflictual sino la de la conducta conflictiva. Este concepto está vinculado con la intensidad de los medios o recursos de poder que utilizan las

²⁵ ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos*: hacia un nuevo paradigma, p. 165.

²⁶ Idem, p. 173.

partes em busca de sus objetivos. Y aquí debe entenderse que al hablar de utilización de recursos, se incluye también la amenaza de esa utilización [...] Lo que em realidad ocurre es que la administración de los recursos más o menos intensos, no es un producto de la conciencia emocional, donde se dan los sentimientos, sino una decisión racional del sector intelectual de la conciencia.²⁷

Como dito, a intensidade do conflito não se mantém estável durante todo seu transcurso. Há, sem dúvidas, ápices de incremento ou de declinação de intensidade. Mas o processo de incremento é mais frequente que o de declinação. Mesmo no momento da resolução do conflito, sua intensidade não chega a ser nível zero. Por exemplo, quando o conflito é resolvido por imposição de uma das partes e submissão de outra – a exemplo da guerra – pode ser que fragmentos do derrotado mantenham-se dispostos a não respeitar as imposições do vencedor. Entre particulares, o exemplo que se dá é do comerciante que, vencido na demanda, passa a negar crédito ao consumidor que obteve para si uma declaração judicial de inexistência de débito contra o mesmo comerciante.

Portanto, à medida que um dos atores escala intensivamente no conflito haverá nova interação, que pode implicar extensão do conflito, diminuição ou, até mesmo, sua resolução pela submissão.

Além disso, produzida uma escalada, ou seja, intensificada a conflituosidade, a outra parte geralmente vê-se na contingência de ter de responder amplamente a agressão.

É preciso ter cuidado, pois, alcançado um determinado nível de intensidade conflitiva, seu estancamento ou seu processo de descenso tornam-se bastante difíceis.

Isso porque, se não houver um bom nível de comunicação entre os atores, é possível que o ato de desescalada seja interpretado pelo adversário como um ato de debilidade, que o motivaria a recrudescer o ataque, e não a recuar, impondo a solução pela força (submissão).

²⁷ ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*, p. 165-166.

Nesses casos, é recomendável que o recuo de intensidade conflitiva seja intentado por terceiros, e não pelos atores, para não se correr o risco acima descrito. Daí, portanto, a importância da mediação ou conciliação como método adequado de resolução de disputas.

De outra banda, segundo Charles McClelland e Gary Hogard, citado por Entelman,²⁸ interação é toda comunicação rotineira, verbal ou não verbal, entre os atores. Interação é ontologicamente social, ou seja, onde há sociedade há interação.

Configura-se pela tentativa, verbal ou não verbal, de mensagem antecedente de um agente emissor e pela recepção deste meio por parte do agente destinatário. Vale dizer, existe interação quando, de dois atos destacados de ambas as partes, um pode ser interpretado como consequência do outro.²⁹

Numa interação entre vizinhos de condomínio vertical, um sorriso advindo após um cumprimento de “Bom dia!” pode ser interpretado como uma interação de ordem positiva, a revelar certo consenso entre os atores. De outra maneira, o silêncio ou uma resposta ríspida ao mesmo “Bom dia” indica que os atores interagiram de forma negativa.

Mais um exemplo vem a calhar: imagine-se um homem que, almejando uma aproximação amorosa, toma a iniciativa de sinalizar com o dedo indicador para frente e para trás, dando a entender que gostaria que a pretendida tomasse direção sentido ao local onde galanteador a aguardava. Se a pretendida assinalar com o mesmo dedo indicador para o lado direito e esquerdo, dando a entender que não irá atender o ato comunicativo do desventurado sujeito, configurado está o que se denomina como interação negativa. Se, por outro lado, ela manifestar interesse – por motivos pessoais – no prosaico sujeito, dá-se azo ao que se denomina interação positiva, de modo que os atos subsequentes tendem à cooperação social, postura que facilitará o alcance dos fins colimados por ambos os sujeitos.

Quando, porém, o fim almejado é um bem da vida – e não sentimentos recíprocos como nos exemplos acima –, a interação, que decorre, repise-se, de um comportamento verbal ou não

²⁸ ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*, p. 174.

²⁹ Idem, p. 173.

verbal de um dos atores, se negativa, conduzirá à lide e, se o comportamento estiver positivado no ordenamento jurídico, a discussão ganha nova roupagem, qualificando-se ao patamar de conflito juridicamente tutelado; se a interação for positiva, contudo, teremos consenso e, conseqüentemente, paz social.

Conflito, segundo o dicionário Houaiss,³⁰ significa:

1. Profunda falta de entendimento entre duas ou mais partes. 2. Choque, enfrentamento. 3. Discussão acalorada; alteração. 4. Ato, estado ou efeito de divergirem acentuadamente ou de se oporem duas ou mais coisas. 5. Contestação recíproca entre duas autoridades pelo mesmo direito, competência ou atribuição. 6. Ocorrência concomitante de exigências, impulsos ou tendências antagônicas e mutuamente excludentes, e o estado daí decorrente. 7. No drama, fato em torno do qual se estruturam as ações da peça e que consiste no choque de interesses, opiniões, etc. de duas ou mais personagens, ou entre o protagonista e forças externas (divindades, forças da natureza), ou até consigo mesmo. c. de interesses 1. Choque entre os interesses pessoais e obrigações precípua de um indivíduo que exerce o cargo de confiança. 2. Aquele que ocorre quando dois ou mais indivíduos têm interesse sobre um mesmo objeto, do que pode resultar uma ação judicial, entre pessoas de direito privado. 3. Contestação recíproca entre indivíduos ou nações que aspiram a uma mesma vantagem ou disputam direitos antagônicos; demanda. c. de jurisdição dissensão que ocorre quando duas ou mais autoridades da administração governamental, ou entre dois ou mais tribunais de diferente espécie, quando todos se julgam competentes para deliberar sobre determinado caso ou declinam juntos do poder de conhecer a mesma questão. Lat *conflictus*, us' choque, embate, combate, luta.

³⁰ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 520.

Por outro lado, consenso refere-se a:

1. Concordância ou uniformidade de opiniões, pensamentos, sentimentos, crenças, etc., da maioria ou da totalidade de membros de uma coletividade. 1.1. Uma das maneiras de se deliberar em assembleias, conselhos etc., que ocorre quando não há objeções ou argumentos contrários ao que se está propondo. 2. Bom senso, senso comum. 3. Identidade, concordância ou uniformidade da natureza, de caracteres etc., harmonia. 4. Anuência; consentimento. Mútuo c. acordo recíproco das partes para se fazer ou desfazer um negócio jurídico; mútuo consentimento.³¹

Desse modo, a ocorrência de um conflito pressupõe a existência de um comportamento objetivo, verbal ou não verbal, que, a bem da verdade, é o próprio meio/recurso utilizado por um dos atores para a consecução dos seus fins (intensidade conflitiva) e uma interação posterior do destinatário que se apresente de modo incompatível com a pretensão do emissor (interação negativa).

2.2 A INTENSIDADE CONFLITIVA EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A ESCOLHA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – DIREITO DE PETIÇÃO – COMO MEIO EFICAZ E MENOS INTENSO PARA CONSECUÇÃO DOS OBJETIVOS DO CIDADÃO

Se, por um lado, a sociedade contemporânea encampou uma expectativa utópica de pronto atendimento, pelo Judiciário, de todo e qualquer direito contrariado ou insatisfeito, diante de uma equivocada leitura do disposto no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988,³² de outro, esta mesma sociedade fez cair em desuso o

³¹ Idem, p. 527.

³² O direito de ação não pode mais ser visto obviamente com um perfil estático (em que se confunde com a demanda, isto é, com o ato inicial do processo) e ligado apenas à entrega da sentença de mérito (que desconsidera a necessidade de realização do direito proclamado na sentença como considerar-se cumprido e acabado o ofício jurisdicional, art. 4º, CPC). O direito de ação é um direito dinâmico, porque é exercido

conteúdo do art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da mesma Lei fundamental, que prevê que “*são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas [...] o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*”.

Traçando, pois, um paralelo com o direito de ação, podemos reconhecer que o administrado também tem o direito subjetivo público de acionar a administração com vistas à adoção de alguma providência que entende ser necessária a seu próprio interesse ou a interesses da coletividade. Em última análise, esse direito emana do direito de petição, assegurado em sede constitucional para permitir que os administrados façam suas reivindicações perante a administração.³³

É premente a necessidade de exumar-se, no meio acadêmico e no mundo dos fatos, o conteúdo do chamado direito de petição. De fato, o que o cidadão pressupõe, ao deparar-se com o cenário de possível violação de direitos ou até mesmo de requisição de direito adquirido, é movimentar o Judiciário por meio do direito de ação. É muito raro ouvir alguma pessoa dizer: “Vou requerer meu direito administrativamente, pois é menos custoso e não requer capacidade postulatória, para ver se minha pretensão é acolhida”.

Com efeito, nem sempre os atores são racionais no sentido da utilização dos cálculos de custo-benefício. Existem conflitos

ao longo de todas as fases que compõem o direito ao processo justo, e preordenado à tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos, com o que não se limita à prolação da sentença de mérito, englobando necessariamente todas as técnicas processuais que se fizerem necessárias para realização dos direitos. Daí porque hoje se entende que o direito de ação constitui direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*, p. 196).

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei no 9.784, de 29/01/1999*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 97.

nos quais um ator – ou ambos – valora mais o dano causado ao adversário do que a obtenção de seu objetivo real ou aparente.

Sobreleva notar, contudo, que a administração pública é um ente ideal, cuja personalidade jurídica é concebida *ex vi legis*. A Administração Pública, por ser uma abstração representativa do próprio Estado de Direito, manifesta-se, juridicamente, por meio do chamado ato administrativo. Tal ato pressupõe a existência de um precedente processo administrativo.

Sobre a forma pela qual a administração exterioriza sua vontade leciona André Saddy:³⁴

Administração Pública é uma organização destinada ao serviço da sociedade, do bem comum e dos interesses públicos. Essa característica legitima a atribuição à Administração de um conjunto de poderes, faculdades e prerrogativas de direito público. Tais atribuições são os instrumentos necessários para que a Administração possa desempenhar a função que tem constitucionalmente encomendada: estar a serviço da coletividade. Sem tais atribuições o Estado não poderia alcançar os fins aos quais se destina.

O exercício da função administrativa que, em sua essencialidade, é exercida pelo Poder Executivo passa por múltiplas formas de ações. Podem ser deônticas ou não deônticas, ambas relevantes ao Direito. As inseridas no plano do dever ser, com produção de alterações no ordenamento e uso de linguagem diretiva, são as ações deônticas; e todas as restantes que estão no plano do ser, sem produção de alterações no ordenamento e sem o uso de linguagem diretiva, seriam as ações não deônticas.

[...]

Tais condutas podem ser exteriorizadas de distintas formas: expressamente, implicitamente (ou tacitamente) e presumidamente. A ação é a forma habitual

³⁴ SADDY, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 9-10.

de exteriorização da conduta; trata-se de um movimento comissivo, ou seja, comportamento positivo, diferente da omissão, a qual se caracteriza pela inatividade, pela abstenção em relação a algo ou alguém, podendo ela ser genérica, quando inexistente um dever de agir; ou específica, quando tal dever existe.

Por sua abstração, portanto, não se vislumbra hipótese imediata de interação, como ocorre na relação de cordialidade entre vizinhos de condomínio vertical – vide exemplo acima.

Assim, sempre será necessária uma provocação prévia para que aquele que representa o ente ideal revele uma disposição amistosa à pretensão de uma das partes, omita-se ou adote uma postura de contraposição, que nestes dois últimos casos aponta para um cenário de resistência.

Sob o ponto de vista da classificação dos direitos, o Ministro Teori Albino Zavascki, em seu voto no RE nº 631.240, desenvolveu um estudo coerente com a linha de pensamento defendido neste estudo, segundo a qual:

[...] não se pode considerar presente o interesse de agir em juízo nas hipóteses em que o demandado não tem o dever de prestar, ou porque a prestação é inexigível ou porque sua satisfação pressupõe a provocação do titular do direito. Essa hipótese é especialmente corriqueira no domínio dos direitos potestativos. O que caracteriza os direitos potestativos – ou formativos-geradores, na linguagem de Pontes de Miranda -, é justamente isso: enquanto não forem efetivamente exercidos pelo seu titular, eles não podem ser satisfeitos espontaneamente pelo sujeito passivo. Por isso se afirma que a um direito potestativo ainda não exercido corresponde um dever de sujeição, mas não um dever de imediata satisfação. A consequência prática é que, enquanto não exercido o direito pelo seu titular, não pode, logicamente, ser considerado violado ou sequer ameaçado pelo devedor da prestação. Sendo assim, não há interesse de agir em juízo visando a

obter a satisfação de um direito potestativo ainda não exercido porque, em tal situação, não está o sujeito passivo com o dever – e sequer com a faculdade – de satisfazer espontaneamente a correspondente prestação. O dever de satisfazer a entrega da prestação somente nasce com a manifestação do sujeito ativo de exercer efetivamente o direito.

No domínio do direito previdenciário esse fenômeno é recorrente. Conforme tive oportunidade a afirmar em voto-vista apresentado no RE 630.501, há certas prestações previdenciárias (como é o caso dos benefícios e serviços arrolados no art. 25 do Regulamento aprovado pelo Decreto 3.048/99), entre as quais a da aposentadoria, que decorrem de típico direito potestativo, ou seja: mesmo adquirindo o segurado o direito de se aposentar, nem por isso corresponde, ao INSS, o dever de satisfazer imediatamente a correspondente prestação, que somente passa a ser devida se e quando o segurado a requerer. Se o segurado, podendo se aposentar, não requer o benefício, o INSS não tem o dever nem mesmo a faculdade de aposentá-lo de ofício, razão pela qual não se pode afirmar que o direito esteja sendo violado ou mesmo ameaçado pela instituição previdenciária antes do requerimento de aposentadoria.

Por isso, em se tratando de conflitos envolvendo a administração pública, o requerimento administrativo, que materializa o direito de petição, é a própria válvula geradora da interação, de tal sorte que é possível se concluir, com certa facilidade, que um processo administrativo, iniciado por requerimento de seu interessado, considerado, portanto, como meio colocado à disposição do cidadão, é significativamente menos conflituoso em relação ao processo judicial, ou seja, a intensidade conflitiva operar-se-á em menor escala.

Portanto, o direito de petição revela-se como verdadeiro instrumento ideal, de baixo ou nenhum custo, tendente a viabilizar a participação popular no sítio da administração pública.

Nesse sentido:

O direito de petição, presente em todas as Constituições brasileiras, qualifica-se como importante prerrogativa de caráter democrático. Trata-se de instrumento jurídico-constitucional posto à disposição de qualquer interessado – mesmo daqueles destituídos de personalidade jurídica –, com a explícita finalidade de viabilizar a defesa, perante as instituições estatais, de direitos ou valores revestidos tanto de natureza pessoal quanto de significação coletiva. (STF, ADI nº 1.247 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17/08/1995, DJ de 08/09/1995).

O direito de petição, inserido entre as garantias fundamentais do art. 5º da nossa Constituição Federal, tem como corolário o direito à resposta. Não houvesse obrigação de responder, o direito de petição mereceria integrar o acervo das solenes inutilidades. Enquanto não responde ao requerimento, a Administração está em mora. O silêncio traduz inadimplência, não resposta implícita. (STJ, REsp nº 16.284/PR: DJ 23/03/1992 p. 3447, RSTJ vol. 32 p. 416, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Rever o dogma da prioridade da decisão adjudicada pelo Estado em conflitos que envolvem direitos disponíveis é medida impositiva, portanto. Afinal, não é necessário ‘abater pardais com canhões’.

A demanda levada a efeito perante ao Poder Judiciário pode ser classificada como um meio de elevado grau de intensidade em comparação ao processo administrativo.

Com efeito, a administração pública, ao se deparar com uma ação judicial para reconhecimento de um direito do jurisdicionado, vê-se na contingência de opor-se ao pedido pelos meios legais, sob o mote da concentração dos atos de defesa³⁵ e

³⁵ Segundo o art. 336 do Código de Processo Civil: “incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”.

da famigerada “indisponibilidade do interesse público”, uma vez que, acaso sucumbente, deverá, em alguns casos, arcar com as custas processuais, além dos honorários do advogado da parte contrária.³⁶

Desse modo, em processos judiciais, escassas são as hipóteses em que não se haverá pretensão resistida, de modo que a interação, que decorre do meio de intensificação ação judicial, não raro, será negativa, o que redundará nos longos, desgastantes e volumosos processos judiciais que já conhecemos.

Realizado requerimento administrativo prévio, por outro lado, é possível perquirir se a administração irá apresentar resistência, por ação ou omissão, ou se atenderá a pretensão do requerente sem maiores delongas.

Sendo assim, a intervenção do *altero* (juiz), para estes casos, deve-se mostrar útil, necessária e residual,³⁷ de sorte que a ingerência do Poder Judiciário se concretize apenas quando, sem consenso, haja efetiva lesão ou ameaça de lesão a direito.

³⁶ Sem dúvidas, é infeliz a percepção de que o advogado público é soldado cego na persecução do interesse público secundário quando esse colida com interesse público primário, precisando de lei que lhe sirva de óculos para corrigir sua suposta visão míope, por não se coadunar com a caracterização de função essencial à justiça que lhe foi conferida pela Constituição (CARVALHO NEVES, Ana Carolina de. *O reconhecimento do pedido pela Fazenda Pública*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, n. 5, 2016, pág. 14).

³⁷ É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada. Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias no processo civil e a ação penal condenatória, no processo penal). Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser". (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 230)

Conforme destaca o eminente Ministro Roberto Barroso, no corpo de seu voto, no julgamento do RE nº 631.240:

Esta é a interpretação mais adequada ao princípio da separação de Poderes. Permitir que o Judiciário conheça originariamente de pedidos cujo acolhimento, por lei, depende de requerimento à Administração significa transformar o juiz em administrador, ou a Justiça em guichê de atendimento do INSS, expressão que já se tornou corrente na matéria. O Judiciário não tem, e nem deve ter, a estrutura necessária para atender às pretensões que, de ordinário, devem ser primeiramente formuladas junto à Administração. O juiz deve estar pronto, isto sim, para responder a alegações de lesão ou ameaça a direito. Mas, se o reconhecimento do direito depende de requerimento, não há lesão ou ameaça possível antes da formulação do pedido administrativo. Assim, não há *necessidade* de acionar o Judiciário antes desta medida.

Se não há pretensão resistida, portanto, não há motivo para referida intervenção. A heterocomposição judicial deve ser a derradeira trincheira na solução dos conflitos. Trata-se, pois, do princípio da intervenção heterônoma residual ou seletiva, já antevista por Rodolfo Camargo Mancuso:³⁸

É de se esperar que, com o renovado panorama que se descortina, se vá evanescendo o antigo contexto adversarial, gradualmente substituído por outro que sinaliza para uma concepção não protagonista da Justiça estatal, mas que a repositone como uma instância sob um registro subsidiário ou residual – no melhor sentido dessas palavras –, ou seja, ofertada para aqueles conflitos nos quais a crise jurídica se afigure complexa, reclamando cognição técnica plena e exauriente, e bem

³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas, p. 16.

assim aqueles casos que, por singularidades de matéria ou de pessoa (ou ainda porque não tenham sido dirimidos de outro modo), efetivamente reclamem passagem judiciária. Essa nova postura, em verdade, visa valorizar a função judicial, laborando para que ela não se banalize e que, gradualmente, possa ser abandonado o vexo de se imprimir crescimento físico ao Judiciário, na proporção direta do aumento do estoque de processos. Isso, antes que a crise numérica se torne inadministrável.

No entanto, o exercício do direito de petição – comportamento objetivo – deve ser analisado adrede à interação da administração pública resultante do requerimento inicial, sendo dela indissociável, como se verá no tópico seguinte.

2.3 A INTERAÇÃO SOB A ÓTICA DA ADMINISTRAÇÃO: O CONSENSO E A SUBMISSÃO (INTERAÇÃO POSITIVA) E O DISSENSO E A OMISSÃO (INTERAÇÃO NEGATIVA) RESULTANTES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Realizado o comportamento objetivo (requerimento administrativo), o próximo passo da instalação – ou não – do cenário conflitivo será aguardar a postura do agente receptor do comportamento objetivo. Este segundo ato, que deve ser interpretado como conseqüência lógica do primeiro, recebe o nome de interação.

De acordo com a intensidade do meio/recurso utilizado pelo emissor do comportamento objetivo, é possível vislumbrar as seguintes posturas do receptor: concordar com a pretensão do agente emissor, aceitando seus termos sem qualquer tipo de resistência ou hostilidade, ocasião em que a relação social, que deste comportamento decorre, recebe o nome de consenso; não concordar, mas aceitar a pretensão diante da intensidade do recurso utilizado, oportunidade em que teremos uma relação social de submissão, que, em muitos casos, pode dar azo à hostilidade entre os agentes; permanecer inerte e não interagir de qualquer modo com o comportamento inicial, o que configura uma interação omissiva; negar e resistir ao comportamento do

emissor, valendo-se de meios igualmente intensos para impingir sua pretensão discordante.

Quando há consenso ou submissão, diz-se que a interação do receptor foi de ordem positiva, o que acena para uma resolução amistosa da pretensão de uma das partes.

Nessa hipótese, alcançada a pacificação social, o direito encontra-se preservado e não há motivo para maiores exortações.

A celeuma instaura-se quando não há consenso sobre a vontade de um agente em relação ao outro. Com efeito, quando o receptor apresenta discórdia em relação ao objetivo do emissor, a interação aponta para um cenário de resistência.

Também deve ser objeto de estudo a omissão do receptor, porquanto a omissão implica óbice intransponível à pretensão do agente, cabendo ao emissor, neste caso, reavivar o recurso utilizado ou reforçar este meio, intensificando-o.

Por isso é que o requerimento administrativo, como já dito alhures, é a válvula motriz da interação em conflitos envolvendo a administração pública. Com ele, é possível perquirir se a administração irá apresentar resistência, por ação ou omissão, ou se atenderá a pretensão do requerente sem maiores delongas.

Desse modo, nas situações em que não houve nenhuma interação daquele que pretende ver um direito reconhecido pela administração pública, sempre que possível, deve haver o prévio requerimento administrativo, que é um recurso colocado à disposição destes interessados, de baixo ou nenhum custo, e de igual resultado ao conferido pela decisão adjudicada em processo judicial.

Se a interação inicial for de ordem negativa, o interessado já está autorizado a ingressar com ação judicial, a exemplo do que ocorre nos casos de indeferimento pelo INSS da pretensão previdenciária, ou se excedido o prazo legal para sua análise. Sem ele, contudo, não é possível ainda se cogitar em lesão ou ameaça de lesão a direito, o que inviabiliza a provocação do Poder Judiciário, por ausência de interesse de agir.

Observe-se, neste mesmo caso, que já haverá interação negativa na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, de modo que o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo, porquanto o comportamento anterior do ente público indica que a

interação não será positiva. É o que se chama, para fins didáticos, de interação negativa chapada ou evidente.

A ideia de fundo, portanto, é viabilizar, antes de se provocar alguém estranho à lide, o prévio diálogo entre os litigantes para, só no caso de interação negativa, buscar-se uma solução por meio do Poder Judiciário.

2.3.1 A interação positiva: o processo administrativo como meio eficaz à consecução de direitos subjetivos

Apesar de ser de comezinho conhecimento, vale aqui lembrar que a vontade administrativa sempre deve coincidir com a vontade da lei. É dizer: o representante da administração está bitolado ao conteúdo da legislação vigente.

Diferentemente da liberdade deferida aos cidadãos particularmente, que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, sendo, portanto, ampla e excepcionalmente restringida, a administração é escrava do comando normativo e, portanto, só pode fazer o que a lei permite.

Este limitador é a própria essência do princípio da legalidade:

O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra quando irrompem inopinadamente). A esse princípio também se submete o agente público. Com efeito, o agente da Administração Pública está preso

à lei, e qualquer desvio de sua competência pode invalidar o ato e tornar o seu autor responsável, conforme o caso, disciplinar, civil e criminalmente. Esse princípio orientou o constituinte federal na elaboração do inciso II do art. 5 da Constituição da República, que estatui: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Essa regra, todos sabem, se de um lado prestigia e resguarda o particular contra investidas arbitrárias da Administração Pública, de outro exige lei ou ato equivalente, como é a medida provisória, para os comportamentos estatais, pois quaisquer desses comportamentos, por mínimos que sejam, podem alcançar o particular.³⁹

Ainda assim, a boa administração de interesses alheios recomenda atuação transparente, imparcial, proba e eficiente. Nesse sentido:

É oportuno destacar que, modernamente, vem sendo reconhecido o direito dos administrados à boa administração pública, caracterizado, inclusive, como direito fundamental. Para tanto, deve a administração cercar-se de qualificações específicas, como a transparência, a atuação dialógica, a imparcialidade, a improbidade e a prevenção. Todas elas são indispensáveis à formação de uma boa administração Pública, sempre direcionada à coletividade que representa.⁴⁰

Atuando da forma acima referida, a consequência lógica é a necessidade de facilitação do exercício de direitos e cumprimento de obrigações dos administrados.

Logo, a administração, ao se deparar a procedimentos administrativos iniciados pelo interessado, seja pela apresentação de petição, solicitação, reclamação ou recurso,

³⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. Atualização de Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61-62.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., p. 78.

deve emitir alguma decisão, concessão ou resposta que declare a sua vontade.

Somente é lícita a omissão do agente estatal quando a ordem jurídica atribuir ao sujeito a autonomia para tanto. Como regra, a inação do agente estatal configura violação ao dever funcional, uma modalidade de indevida recusa ao exercício das funções de que está investido.⁴¹

Além disso, vale a advertência feita por André Saddy,⁴² segundo a qual:

O pedido deve referir-se a algo possível e real, e não a algo inexistente ou contrário ao ordenamento jurídico; e deve conter toda documentação precisa para que a Administração tome um adequado conhecimento do assunto, possibilitando, inclusive, que a Administração resolva o assunto adequadamente. Independente da expressão (petição, solicitação, reclamação ou recurso), o importante é que se provoque a Administração de forma correta.

A interação positiva emana do poder decisório da Administração, que, uma vez provocada, tem o dever⁴³ de decisão em relação à pretensão do administrado e, acaso preenchido os pressupostos legais, diante do teor do princípio da legalidade acima referido, conceder a situação de vantagem.

Forte em tais premissas, salta aos olhos a contraprodução da atuação da administração pública calcada

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 376.

⁴² SADDY, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pág. 38.

⁴³ *Verbi gratia*, o art. 48 da Lei nº 9.784 de 1999, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, dispõe que “a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”.

exclusivamente no interesse público secundário,⁴⁴ ou seja, a atuação na qual, apesar do reconhecimento da pretensão do administrado, procede-se com inequívoco propósito protelatório, de modo a postergar o reconhecimento da situação de vantagem do administrado no tempo para apenas proteger o erário sob o viés econômico.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello:⁴⁵

O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.

Desse modo, o processo administrativo deve ser um instrumento eficaz à consecução de direitos subjetivos, de sorte que se mostra equivocada a postura da Administração, em decisão denegatória da pretensão, se calcada apenas na defesa de interesses unicamente da Administração, como se vislumbra nos casos de pagamento de valor ínfimo em desapropriações ou na recusa no pagamento administrativo de valores devidos a servidor público.

Atuar apenas com base nos interesses particulares da administração é um convite à demanda judicial, a qual, decerto, concederá a situação de vantagem ao administrado e, ainda,

⁴⁴ Mesmo diante da incerteza do que vem a ser interesse público, própria da indeterminação relativa do direito, pode-se arriscar a, seguindo a linha de inteligência traçada por Renato Alessi, apresentar o interesse público primário como representante do interesse direto da coletividade, como revelador dos próprios objetivos do Estado, sobretudo aqueles arrolados no art. 3º, CF; enquanto o interesse público secundário revela-se como propriamente o interesse particular do Estado, geralmente de cunho patrimonial, na qualidade de pessoa jurídica, sendo mero instrumento para a concretização do interesse público primário. Na eventual colisão entre ambos, prevalecerá o interesse público primário, por constituir a verdadeira razão de ser do Estado. (NEVES, Ana Carolina de Carvalho. O reconhecimento do pedido pela Fazenda Pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina*, n. 5, p. 10, 2016)

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 66.

atestará a responsabilidade do Estado, condenando-o a valores bem maiores em relação ao que se seria despendido se concedido administrativamente.

Sem dizer que a condenação judicial, antecedida de decisão da administração em procedimento administrativo, implica o reconhecimento, por via oblíqua, da quebra do princípio da legalidade e aval da ineficiência do setor público.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

[...] O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. [...] Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração [...].⁴⁶

Ainda assim, vale referência a ponderação feita por Leonardo Carneiro da Cunha⁴⁷ para quem:

Em razão do princípio da legalidade (CF, art. 37), a Administração Pública, uma vez constatando que não tem razão em determinado conflito, tem o dever de dar cumprimento ao direito da parte contrária. Se não há direito em favor do Poder Público, não se pode falar em interesse público, justamente porque atender ao interesse público é cumprir deveres e reconhecer e

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 11.308-DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

⁴⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Reconhecimento da procedência do pedido pela fazenda pública*. 2014. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-42-reconhecimento-da-procedencia-do-pedido-pela-fazenda-publica/>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

respeitar direitos do administrado. Para dar cumprimento ao direito da parte contrária, não é preciso que haja decisão judicial; é possível a própria Administração Pública, em atenção aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, desde que observado o devido processo administrativo, fazer cumprir o direito do particular.

Portanto, deve-se concluir que a administração tem o dever de reconhecer a situação de vantagem requerida pelo administrado quando preenchidos os pressupostos legais, sem que, é claro, remanesça alguma dúvida acerca da ocorrência do pressuposto fático e sobre o direito postulado.

Agindo dessa forma, revelará que houve consenso à pretensão inicial, decorrente da apresentação de petição, solicitação, reclamação ou recurso, alcançando o mesmo resultado que, possivelmente, seria imposto por uma decisão adjudicada pelo Poder Judiciário, sem ressentimentos, hostilidade ou custos desnecessários.

Além disso, ao avaliar os argumentos do peticionante, deverá proceder a juízo de conveniência e oportunidade acerca da possível judicialização da pretensão veiculada em cotejo ao custo-benefício do reconhecimento da situação de vantagem em sede administrativa.

Em outras palavras, diante da plausibilidade do direito invocado pelo reclamante, a administração poderá, neste caso, atuar com base no interesse no interesse público secundário, pois o primário lhe sobrepõe.

É o caso, por exemplo, da hipótese de desapropriação de um imóvel específico na qual o interessado, administrativamente, comprova, por perícia inequívoca e realizada por agente imparcial, que a área total encontrada é maior do que a registrada em cartório.

Nesses casos, a administração deveria reconhecer que a área apurada pelo perito prevalece para fins de pagamento de indenização, visto que, ao analisar a intensidade do recurso do administrado (prova pericial indene de dúvidas), perceberá que o não acolhimento da pretensão implicará desnecessário e elevado dispêndio no possível processo judicial.

É, pois, sem dúvida, uma situação de submissão da administração.

2.3.2 A interação negativa por ação: a resistência fundada da administração

Neste ponto do estudo convém, de largada, lançar mão do conceito doutrinário de processo administrativo.

Em largo espectro, Diogenes Gaspari destaca que:

Processo administrativo, em sentido prático, amplo, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.⁴⁸

No seu viés mais restrito ou técnico, o conceito de processo administrativo deságua para o campo do:

[...] conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa. De sorte que somente os processos administrativos que encerram um litígio entre a Administração Pública e o administrado (recurso contra lançamento tributário) ou o seu servidor (aplicação de pena disciplinar) são merecedores dessa denominação⁴⁹.

Alterque-se, porque profícuo, que se pretende passar à margem da análise do chamado processo administrativo sancionador ou dos processos tendentes ao registro dos atos da Administração Pública ou a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado. Cinge-se o estudo aos processos administrativos que encerram um litígio entre a Administração Pública e o administrado.

⁴⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 1082.

⁴⁹ *Idem*, p. 1081.

Feita a observação, vale fazer referência também ao núcleo duro do postulado do devido processo legal, aplicável indubitavelmente à espécie.

Segundo a Constituição da República, ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal (art. 5, LIV, da CF). Cuida-se de uma garantia contra o exercício abusivo do poder, de modo que todo o ato de poder deve decorrer de um processo com regras previamente estabelecidas, tanto que, para formulação das leis, há um devido processo legislativo, enquanto que, para aplicação delas, há um devido processo legal, administrativo ou jurisdicional.

Outrossim, reforçando a ideia de que a violação ao devido processo legal contamina o processo administrativo sobremaneira, o art. 5º, inciso LV, previu que “aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes”.

Finalmente, o artigo 37 da Constituição da República estabeleceu uma tábua de princípios que regem à administração pública, os quais consistem em verdadeiras pedras de toque do regime jurídico-administrativo. São eles: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Quer dizer, não basta aplicar a lei, pura e simplesmente, mas aplicá-la por um modo impessoal, um modo moral, um modo público e um modo eficiente. Modos que são, de parilha com a própria lei, as primeiras condições ou os meios constitucionais primários de alcance dos fins para os quais todo poder administrativo é legalmente conferido.⁵⁰

Sendo assim, o processo administrativo precisa ser decidido em consonância ao cumprimento escorreito da lei, sem preferências ou distinções indevidas, de modo a resguardar o interesse público primário, dando-se ampla publicidade à decisão, com vistas a proteger o interessado contra juízos

⁵⁰ BRITTO, Carlos A. Comentário ao artigo 37, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 822.

arbitrários e secretos e permitir o controle da opinião pública sobre a eficiência do órgão administrativo responsável pela decisão.

Com efeito, a legitimação acima referida é alcançada por meio da motivação do ato decisório, que consiste senão na tecnicidade subsuntiva de adequação dos fatos apresentados pelo administrado à norma jurídica vigente, a qual possibilita, se for o caso, o direito ao recurso daquele que não concordou com o provimento decisório.

Por isso, cabe ao administrado discorrer sobre os fatos de maneira tal que proporcione à administração o melhor juízo cognitivo sobre eles, a fim de não remanescer dúvida sobre a situação narrada.

Do mesmo modo, até porque o administrador, ao contrário do magistrado, não possui por dever de ofício conhecer de todo o direito, deve indicar os fundamentos jurídicos que albergam sua pretensão, assim como o faz quando ingressa em juízo.

Em posse dos contornos objetivos e subjetivos da lide, o procedimento deverá seguir em convergência ao contraditório e à ampla defesa, de acordo com o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Com efeito, a decisão administrativa, que é calcada na efetiva participação do interessado em todas as fases do procedimento, tem maior probabilidade de aproximação dos fatos (verdade possível) por abranger a totalidade de argumentos, favoráveis e desfavoráveis, a uma ou a outra pretensão, o que lhe dá credibilidade e legitimação.

Ademais, a decisão deve ser tempestiva, ou seja, proferida conforme o prazo estipulado na legislação, para decidir, sob pena de caracterizar interação negativa por omissão, o que será estudado no tópico seguinte.

Traçado um panorama mínimo das garantias procedimentais do trâmite administrativo, assinala-se a importância da teoria da decisão no campo do processo administrativo.

Consoante já referido, a legitimidade do ato decisório é alcançada por meio da motivação, revelada pela técnica subsuntiva de adequação dos fatos apresentados pelo administrado à norma jurídica vigente.

Nesse sentido, vale citar o teor do art. 50 da Lei nº 9.784 de 1999:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

E aqui nos parece aplicável o conteúdo do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil por analogia, de modo que não se considera fundamentada a decisão administrativa que:

se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se

prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Vislumbrando a ocorrência das hipóteses acima elencadas ou a presença de vícios procedimentais, congênitos ou supervenientes, capazes de inquinare a lisura do expediente, haverá violação a direito, o que autoriza a abertura de portas ao questionamento judicial.

À autoridade que possui o poder decisório cumpre, outrossim, avaliar o arcabouço probatório construído.

Como já referido no capítulo anterior, ao avaliar os argumentos do petionante, deverá a referida autoridade proceder a juízo de conveniência e oportunidade acerca da possível judicialização da pretensão veiculada em cotejo ao custo-benefício do reconhecimento da situação de vantagem em sede administrativa.

Há, portanto, que se apresentar resistência apenas quando houver dúvida sobre a situação de fato ou sobre o direito perquirido ou a certeza de sua inexistência, o que se convencionou chamar, nesse estudo, de resistência fundada.

Resistência fundada é aquela acobertada pela supremacia do interesse público primário, notabilizada pela decisão administrativa denegatória tempestiva que, avaliando o conjunto probatório, profere decisão no sentido de que o administrado não cumpriu os requisitos de fato para obter o direito postulado ou, apesar de ter comprovado a situação fática, mesmo assim não faz jus à pretensão administrativa, uma vez que o direito postulado não se subsume ao pressuposto de fato.

É o caso, por exemplo, da postulação administrativa de auxílio-acidente ao órgão ancilar. Se, após perícia, não se constatou a redução da capacidade laboral (requisito de fato) ou,

sendo a perícia favorável ao administrado, não se demonstrou a qualidade de segurado (requisito de direito), a decisão denegatória da pretensão é medida imperativa.

Também há de ser emitido juízo denegatório quando sobejar dúvidas sobre a situação de fato ou sobre o direito perquirido.

Eis, portanto, a hipótese de interação negativa calcada em ato comissivo da administração: a resistência fundada.

De toda sorte, e o mais importante a ser frisado no ponto é que todo juízo administrativo denegatório não é capaz de impedir o conhecimento da pretensão sob o crivo do Poder Judiciário, impondo, aqui de forma correta, a observância do axioma do acesso à Justiça, visto que, concretamente (*rectius*: presumidamente ocorrida pelo estado da asserção do autor), a decisão resultou lesão ou ameaça de lesão a direito.

Aliás, independentemente da possibilidade de recurso administrativo, o administrado está autorizado a invocar o direito de ação, uma vez que o que se está a exigir não é o esgotamento das vias administrativas, mas sim uma interação mínima com o ente público.

A resposta negativa, portanto, mesmo que sujeita a recurso, implica dissenso, espécie de interação social que enseja mandado autorizativo de retirada da inércia do Poder Judiciário.

Ressalte-se, porém, que se a intenção do interessado for valer-se do campo estrito do mandado de segurança, a possibilidade de recurso administrativo que possua efeito suspensivo impede o conhecimento da pretensão pelo Judiciário. Nesse sentido: “1. Nos termos do art. 5º, I, da Lei 12.016/09, não cabe mandado de segurança contra ato administrativo do qual caiba recurso com efeito suspensivo. 2. Agravo regimental desprovido” (STF, MS 32530 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 26-11-2013, DJE 243 de 11-12-2013.).

Consigne-se, por fim, que a limitação do *mandamus* acima referida aplica-se às hipóteses de interação negativa por ação. Em sede de interação negativa por omissão, abaixo estudada, a Súmula 429 do Supremo Tribunal Federal descortina que a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

2.3.2 A interação negativa por omissão: o silêncio administrativo que resulta dissenso

Efetivado o requerimento administrativo, que é o meio/recurso capaz de intensificar a pretensão do cidadão perante a administração pública, pode ocorrer que a referida postulação não seja objeto de apreciação em tempo razoável.

Ora, é de público e notório que a burocracia dos setores administrativos faz com que, não raro, um mero pedido de pagamento de verbas devidas ou a simples anotação no prontuário do servidor de progressão na carreira se arraste por anos sem uma resposta efetiva.

Nesses casos, indaga-se: seria necessário aguardar uma posição definitiva da administração para que se configure o que se cunhou interação negativa?

A resposta é negativa. Para estes casos, a omissão da administração em apreciar a postulação administrativa em prazo razoável configura o silêncio administrativo.

Segundo André Saddy:⁵¹

Toda e qualquer situação de ausência de linguagem escrita, depois de transcorrido certo prazo máximo, afigurada em decisões, concessões ou respostas frente a procedimento administrativo iniciado de ofício ou pelo interessado que produza determinados efeitos denegatório ou concessório, configurará o silêncio administrativo.

E complementa:

Em regra, são três os requisitos básicos para que exista e produza efeitos o silêncio administrativo, no entanto, em determinados casos, podem existir mais, tendo em vista a norma que regule cada caso concreto de silêncio.

O primeiro requisito básico é a existência de procedimento administrativo iniciado de ofício ou pelo interessado. O segundo requisito básico é o vencimento do prazo máximo

⁵¹ SADDY, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*, p. 34.

sinalizado pela norma jurídica, juiz ou documento contratual que estabelece o silêncio, sem que a Administração conteste expressamente, ou seja, a omissão da Administração durante determinado período de tempo. Por fim, o terceiro e último requisito diz respeito à produção de efeitos, e não propriamente ao silêncio administrativo, tal seria a necessidade de uma disposição expressa que preveja o efeito do silêncio administrativo.⁵²

Quanto ao último requisito destacado pelo autor acima citado, é importante deixar claro que o ato-fato – silêncio administrativo – não pode ser confundido com seus possíveis efeitos.⁵³

O silêncio, como nada diz ou faz, somente produzirá efeitos diante de expressa previsão normativa nesse sentido,⁵⁴ por decisão judicial⁵⁵ ou previsão em instrumento contratual. Se

⁵² *Idem*, p. 37.

⁵³ *Mutatis mutandis*, para melhor entender o que se tenta desmistificar, traz-se à lume o instituto da revelia. Com efeito, não se pode confundir a revelia, que é um ato-fato processual, com seus efeitos, que podem coexistir ou não, a depender da hipótese concreta. Portanto, nas situações elencadas no art. 345 do Código de Processo Civil, há revelia, mas este ato-fato não produz seus efeitos diante do impeditivo do artigo acima mencionado.

⁵⁴ Cita-se, a título de exemplo, o conteúdo do art. 66, § 3º, da Constituição da República, segundo o qual, enviado o projeto de lei para análise do Chefe do Executivo, “decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção”.

⁵⁵ Decorrido o prazo legal previsto para a manifestação administrativa, se houver prazo normativamente estabelecido, ou, não havendo, se já tiver decorrido tempo razoável, o administrador poderá, conforme a hipótese, demandar judicialmente: a) que o juiz supra a ausência de manifestação administrativa e determine a concessão do que fora postulado, se o administrado tinha direito ao que pedira, isto é, se a administração estava vinculada quanto ao conteúdo do ato e era obrigatório o deferimento da postulação; b) que o juiz assine prazo para que a administração se manifeste, sob cominação de multa diária, se a administração dispunha de discricionariedade administrativa no caso, pois o administrado fazia jus a um pronunciamento motivado, mas tão somente a isto. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 420)

do silêncio resultar algum efeito, tem-se o que a doutrina convencionou chamar de silêncio qualificado.⁵⁶

Se a lei, a decisão judicial ou o contrato nada dispuser acerca do silêncio administrativo, o único efeito que se pode retirar desta postura é a possibilidade de questionar a pretensão judicialmente: há, portanto, uma presunção de dissenso ou, de acordo com a nomenclatura do tópico, interação negativa por omissão.⁵⁷

O silêncio negativo surgiu, portanto, para produzir efeito jurídico-processual, uma vez que sua funcionalidade radicava em permitir o acesso à instância seguinte.

Eduardo García de Enterría assinala que, na Espanha:

(...) el silencio es una denegación presunta, una presunción legal, y no un acto tácito o declaración de voluntad administrativa, está montado en beneficio del particular y como facultad suya, al cual por consiguiente, corresponde la opción, que expresamente se define, de impugnar el silencio o de esperar la resolución expresa, por cuanto que lo que el silencio no es, en todo caso, es una manera de pronunciarse la Administración, a la cual se recuerda por ello su estricta obligación de resolver y hacerlo fundamentalmente.

Também, na Itália, o silêncio administrativo está configurado como uma presunção para assegurar ao administrado a garantia jurisdicional. O silêncio, neste país, não

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 375.

⁵⁷ Nessa perspectiva, seria o silêncio negativo uma simples ficção jurídica de efeitos exclusivamente processuais. Isso significa que o silêncio com efeitos denegatórios não é um ato administrativo, mas somente uma ficção que surge pelo simples transcurso do tempo fixado na norma, na sentença ou no contrato. Consiste, portanto, somente em uma garantia do particular que, em qualquer caso, tenha acesso ao Judiciário ou à instância administrativa superior. (SADDY, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*, p. 100)

exime a Administração de sua obrigação de decidir.⁵⁸

Urge destacar que, para que haja interação negativa por omissão, deverá o interessado verificar qual o prazo legal para que a administração apresente manifestação ou, não havendo lei nesse sentido, o núcleo do princípio da razoável duração do processo.

Portanto, deverá o administrado, primeiramente, verificar se existe previsão legal, concorde ao pacto federativo, de prazo para decidir.

No ponto, vale transcrever o estudo levado a efeito por André Saddy:

Em âmbito federal, o Brasil não possui uma regra genérica sobre silêncio negativo, mas algumas leis estaduais sobre o processo administrativo na esfera das suas Administrações o regulam, como ocorre nos estados de São Paulo, Mato Grosso e do Rio Grande do Norte.

O art. 33 da Lei Estadual 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual de São Paulo, afirma que o prazo máximo para qualquer decisão de requerimento apresentado à Administração do Estado será de 120 dias, se outro não for legalmente estabelecido.

Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário. No entanto o administrador não está desonerado do dever de apreciar o requerimento, conforme dita o § 3.º do mesmo artigo.

Ressalva-se que, nos casos de complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo de 120 dias, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas.

⁵⁸ SADDY, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*, p. 95.

Mesmo sendo essa a regra no estado de São Paulo, dispõe o mesmo artigo, ora mencionado, que pode haver previsão legal ou regulamentar em contrário.

Com redação similar ao art. 33 do estado de São Paulo, tem-se o art. 37, § 1.º, da Lei do estado de Mato Grosso 7.692, de 1.º de julho de 2002, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual e os arts. 66 e 67 da Lei Complementar do estado do Rio Grande do Norte 303, de 9 de setembro de 2005, que dispõe sobre normas gerais pertinentes ao processo administrativo no âmbito de sua Administração Pública Estadual.

A lei mato-grossense afirma, assim como a lei paulista, que o prazo máximo para decisão de requerimentos será de 120 dias, se outro não for legalmente especificado, e estabelece que, ultrapassado esse prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal em contrário. Além disso, evidencia que tal não desonera a autoridade do dever de apreciar o requerimento.

Já a lei do Rio Grande do Norte coloca que a Administração estadual tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos em matéria de sua competência, num prazo de 60 dias, depois de concluída a instrução, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada pelo agente e aprovada pelo titular do órgão ou entidade da Administração Pública.⁵⁹

À guisa de complementação, o art. 49 da Lei nº 9.784 de 1999, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, dispõe que “concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”.

⁵⁹ SADDY, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*, p. 97-98.

Em arremate, o art. 41-A, § 5º, da Lei Federal nº 8.213, de 1991, prevê que “o primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão”.

Em se tratando de benefícios previdenciários, portanto, o dispositivo legal acima citado recrudescer o entendimento de que a exigência de prévio requerimento administrativo não traz qualquer prejuízo ao administrado, haja vista que, ultrapassado o prazo exíguo de 45 dias, poderá valer-se do direito de ação, ante a ocorrência da interação negativa por omissão.

Do mesmo modo, o art. 24 da Lei Federal nº 11.457, de 2007, dispõe que “é obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte”.

Veja-se que, apesar da elasticidade do prazo, em se tratando de matéria tributária, do mesmo modo não se verifica prejuízo ao contribuinte, visto que o art. 151, inciso III, do Código Tributário Nacional estabelece, como hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a existência de eventuais reclamações e recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.

Por fim, quando não houver disposição legal estipulando prazo para decidir, a doutrina sustenta que o que deve ser avaliado para configuração da interação negativa por omissão é o conteúdo do princípio da razoável duração do processo.

De qualquer modo, resta uma questão fundamental a ser elucidada: o que significa prazo razoável? Em um primeiro momento cabe destacar que historicamente se tem trabalhado com duas hipóteses principais:

- a) tempo razoável é o tempo legal, expressamente previsto na legislação processual; ou
- b) tempo razoável é o tempo médio efetivamente despendido no País, para cada espécie concreta de processo.⁶⁰

⁶⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 222.

Como não há um parâmetro para se perquirir o que é razoavelmente adequado no que se refere à conclusão do procedimento administrativo e sua conseqüente decisão, a doutrina propôs o prazo de 120 dias, a partir do pedido, para os casos em que a lei não defina um termo específico para o procedimento, valendo-se, para tanto, de analogia ao art. 23 da Lei Federal nº 12.016, de 2009.

Esse entendimento era encampado por Celso Antônio Bandeira de Mello, mas este evoluiu e passou a adotar o entendimento segundo o qual a analogia deve ser feita em relação à lei que regulamenta o processo administrativo federal, *in verbis*:

Modificando o entendimento expressado até a 16ª edição, entendemos que, em princípio, onde faltar lei disciplinando a matéria haver-se-á de entender como prazo razoável, por analogia ao disposto na lei federal de processo, o mesmo prazo nela estabelecido.⁶¹

Malgrado o entendimento acima exposto, a jurisprudência parece estar inclinada a adotar entendimento casuístico que permite a oxigenação do ordenamento jurídico, finalidade precípua das chamadas cláusulas abertas como a razoável duração do processo.

Veja-se, por exemplo:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADVOGADO SUSPENSÃO PREVENTIVA DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. PRAZO. 1. A Lei 4.215/63 não determinou prazo para o encerramento do processo administrativo, e conseqüentemente, da suspensão preventiva do exercício da advocacia (art. 111, parágrafo único). 2. Quando não houver prazo legal, regulamentar ou regimental para a decisão administrativa, "deve-se aguardar por um tempo razoável a manifestação da autoridade ou do órgão competente,

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 420.

ultrapassado o qual o silêncio da Administração converte-se em abuso de poder, corrigível pela via judicial adequada" (*sic*) (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 21ª edição, fls. 98). 3. Caso em que até a presente data não há notícia de terem sido julgados os processos administrativos referentes ao impetrante, que está suspenso preventivamente desde 15 de abril de 1992, conforme documento de fls. 08. 4. Assim, se pelo estatuto antigo da advocacia já se pode considerar abusiva a conduta da seccional da OAB do Maranhão, pela lei atual (Lei 8.906/94), que fixa o prazo de 90(noventa) dias para o encerramento do processo, a ilegalidade se mostra ainda mais pronunciada. 5. Remessa oficial improvida. (TRF 1ª Região, REO 199701000433911, Fonte: DJ Data: 29/06/2000 Página: 31, Relator(a): Juiz Aloisio Palmeira Lima)

Tal entendimento parece-nos mais acertado, na medida em que permite – ao interessado inicialmente e, após, ao juiz da causa – avaliar se, naquele caso concreto, ficou configurado silêncio administrativo que resulta dissenso.

Imaginando que para cada hipótese não há lei que regulamenta o prazo, seria inviável exigir que, em 30 dias, fosse concluído um estudo de impacto ambiental, necessário ao licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente de significativa área. Do mesmo modo, aguardar 120 dias para poder questionar uma omissão administrativa que tem por objeto a emissão de uma simples certidão narrativa não nos parece razoável.

Há que se lançar mão, com efeito, de variáveis incidentes em cada caso concreto, como a complexidade da causa, estrutura do órgão administrativo responsável pela análise do requerimento, bem como o próprio comportamento dos interessados, tudo isso para se chegar, o mais próximo possível, ao estado de coisas que se denomina razoável duração do processo.

Segundo Marinoni:

A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu critérios para aferição da duração razoável do processo. Em sua primeira formulação, a Corte erigiu como critérios: i) a complexidade da causa; ii) o comportamento das partes e iii) o comportamento do juiz na condução do processo (CEDH, Caso Neumeister vs. Áustria, 1968). Hoje, além desses três clássicos parâmetros, a Corte vem apreciando igualmente a razoabilidade da duração do processo a partir da relevância do direito reclamado em juízo para vida do litigante prejudicado pela duração excessiva do processo – critério da *posta in gioco*, que determina redobrada atenção do Estado nos casos em que o litígio versa sobre responsabilidade civil por contágio de doenças (CEDH, Caso Comissão vs. Dinamarca, 1996), status pessoal (CEDH, Caso Laino vs. Itália, 1999) e que ameacem a liberdade pessoal do réu no processo penal (CEDH, Caso Zarmakoupis e Sakellaropoulos vs. Grécia, 2000). Vale dizer: a importância da decisão da causa na vida do litigante adquire significativa importância para análise da razoabilidade da duração do processo. Esses parâmetros são perfeitamente aplicáveis no direito brasileiro para fins de aferição da concretização do direito ao processo sem dilações indevidas. A complexidade da causa, sua importância na vida do litigante, o comportamento das partes e o comportamento do juiz – ou de qualquer de seus auxiliares – são critérios que permitem aferir racionalmente a razoabilidade da duração do processo. Alguém poderia imaginar que o comportamento inadequado da parte que acarrete dilação indevida não gera direito à tutela reparatória por duração não razoável do processo por ausência de nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o dano à parte. Contudo, se a parte se comporta de forma inaceitável, gerando

incidentes procrastinatórios, por exemplo, há responsabilidade do Estado. É preciso perceber que o juiz tem o dever de velar pela rápida solução do litígio, tendo de conduzir o processo de modo a assegurar a tempestividade da tutela jurisdicional. Daí que o juiz que se omite na repressão ao ato abusivo da parte contribui para dilação indevida, dando azo à responsabilização estatal.⁶²

Em síntese, decorrido o prazo legal ou, na ausência dele, decorrido um prazo razoável à luz do caso concreto, aferido de acordo com as variáveis acima descritas, pode-se dizer que, pela omissão, a interação presume-se negativa.

Portanto, intensificado o conflito por meio do requerimento administrativo e tendo a administração não apresentado nenhuma forma de resposta à pretensão, esta indiferença culmina interação negativa por omissão, ou seja, presumido dissenso⁶³.

2.3.3 A interação negativa chapada ou evidente

O que se pretende, com este estudo de caso, é recomendar uma postura inovadora no sentido de que, antes de provocar o Poder Judiciário, compete ao interessado interagir minimamente com a parte contrária: no caso, a Administração Pública.

Há situações, porém, que a pretensão do interessado, mesmo que por via reflexa, já foi objeto de apreciação pela Administração e culminou resultado desfavorável ao perquirido. Nesses casos, em analogia ao termo sedimentado na

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado, p. 168-169.

⁶³ O direito de petição, inserido entre as garantias fundamentais do art. 5º da nossa Constituição Federal, tem como corolário o direito à resposta. Não houvesse obrigação de responder, o direito de petição mereceria integrar o acervo das solenes inutilidades. Enquanto não responde ao requerimento, a Administração está em mora. O silêncio traduz inadimplência, não resposta implícita. (STJ, REsp nº 16284-PR: DJ 23/03/1992 p. 3447, RSTJ vol. 32 p. 416, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que tange à inconstitucionalidade das leis, há uma interação negativa chapada ou evidente.

É evidente, pois salta aos olhos que, acaso se faça o requerimento administrativo, a interação que dali decorrerá não será favorável ao peticionante.

Imagine-se que, numa determinada municipalidade, o prefeito municipal edita uma ordem de serviço, calcada em parecer do procurador jurídico e no poder de autotutela, direcionada à seção de recursos humanos, cujo teor impede que haja o pagamento de determinado adicional já incorporado aos vencimentos de servidores com nível superior.

Em tais casos, seria necessário que a pretensão de restabelecimento do soldo fosse requerida administrativamente?

Entende-se que não. Permite-se, na hipótese, o imediato acesso ao Judiciário.

Se o que se pretende é interagir, minimamente, com o ente ideal, referida interação já foi obtida a partir do momento em que a ordem de serviço editada pelo alcaide produziu efeitos concretos de modo a atingir um número indeterminado de pessoas ligadas por uma origem comum.

O exemplo acima reflete o que se convencionou chamar de interesse individual homogêneo, que, segundo o Código de Defesa do Consumidor, são os “assim entendidos os decorrentes de origem comum”.⁶⁴

A doutrina melhor esclarece o que vem a ser direito individual homogêneo:

São direitos e interesses tipicamente individuais, mas cuja tutela, por imperativos de coerência, eficiência e economia processuais exige-se seja exercida coletivamente. São, por esse ângulo, acidentalmente supraindividuais: a relevância de seu tratamento molecular não decorre de uma indivisibilidade natural de seu objeto (interesses e direitos públicos difusos), nem da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos stricto sensu), mas da necessidade de facilitação de

⁶⁴ Artigo 81, inciso III, da Lei Federal nº 8.078 de 1990.

acesso à justiça aos seus titulares, como decorrência do mandamento constitucional de promoção da defesa dos consumidores – embora não se restrinjam ao âmbito das relações de consumo.⁶⁵

Há ainda outros exemplos que podem ser colhidos, inclusive, no inteiro teor do RE nº 631.240.

No corpo do acórdão acima referido, o Ministro Roberto Barroso dividiu as ações previdenciárias em dois grupos, a saber:

- i) demandas que pretendem obter uma prestação ou vantagem inteiramente nova ao patrimônio jurídico do autor (concessão de benefício, averbação de tempo de serviço e respectiva certidão etc.); e
- ii) ii) ações que visam ao melhoramento ou à proteção de vantagem já concedida ao demandante (pedidos de revisão, conversão de benefício em modalidade mais vantajosa, restabelecimento, manutenção etc.).

E concluiu:

No primeiro grupo, como regra, exige-se a demonstração de que o interessado já levou sua pretensão ao conhecimento da Autarquia e não obteve a resposta desejada. No segundo grupo, 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.

Isto porque, como previsto no art. 88 da Lei nº 8.213/1991, o serviço social do INSS deve “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

⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 1552.

como na dinâmica da sociedade”. Daí decorre a obrigação de a Previdência conceder a prestação mais vantajosa a que o beneficiário faça jus, como prevê o Enunciado nº 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social (“A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido”).

Assim, uma vez requerido o benefício, se for concedida uma prestação inferior à devida, está caracterizada a lesão a direito, sem que seja necessário um prévio requerimento administrativo de revisão. A redução ou supressão de benefício já concedido também caracteriza, por si só, lesão ou ameaça a direito sindicável perante o Poder Judiciário. Nestes casos, a possibilidade de postulação administrativa deve ser entendida como mera faculdade à disposição do interessado.

Portanto, no primeiro grupo de ações (em que se pretende a obtenção original de uma vantagem), a falta de prévio requerimento administrativo de concessão deve implicar a extinção do processo judicial sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir. No segundo grupo (ações que visam ao melhoramento ou à proteção de vantagem já concedida), não é necessário prévio requerimento administrativo para ingresso em juízo, salvo se a pretensão depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração. Há, ainda, uma terceira possibilidade: 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.

Não caberia aqui enunciar todas as hipóteses de presunção de indeferimento administrativo, já que isto inclusive pode variar no tempo. A questão deverá ser devidamente enfrentada na motivação da

sentença da ação previdenciária, com observância das premissas acima.

Não é objetivo deste estudo, todavia, esgotar, no mundo dos fatos, as possíveis situações que rendem ensejo à interação negativa evidente. Pensa-se que é interessante examinar, sob o enfoque externo do processo, algumas hipóteses concretas em que não se mostra necessário o prévio requerimento administrativo, como as acima mencionadas.

Portanto, considerando que a atuação administrativa é o espelho da legalidade, se, eventualmente, esta mesma administração tenha a oportunidade de conhecer de pretensão conexa⁶⁶, mas, pelo que entende o administrado, não agiu conforme referido princípio, configurado está o interesse de agir.

No que se refere à forma de alegação, cabe ao interessado verificar se aquele seu caso é hipótese de interação negativa evidente e fazer menção a tal fato na sua inicial.

Deveras, sob pena de não ter sua pretensão apreciada com resolução de mérito, é dever do autor mencionar, na petição inicial, que realizou requerimento administrativo ou, se não realizou o requerimento, que a situação reflete hipótese de interação negativa evidente, colacionando prova documental de referida situação.

Posteriormente, caberá ao juiz, *in statu assertionis*,⁶⁷ ou seja, à vista do que se afirmou na exordial, avaliar se aquela hipótese se enquadra na situação de interação negativa evidente e, não a sendo, mandará intimar o autor para manifestar-se sobre o *distinguishing*⁶⁸ verificado por ele e ainda sobre a

⁶⁶ O termo conexo não se refere ao instituto processual da conexão, prevista no art. 55 do Código de Processo Civil. Refere-se apenas à afinidade de questões ou que a decisão, de algum modo, possa resultar em decisão contrária ao interesse do administrado.

⁶⁷ Para Kazuo Watanabe, "o juízo preliminar de admissibilidade do exame do mérito se faz mediante o simples confronto entre a afirmativa feita na inicial pelo autor, considerada *in status assertionis*, e as condições da ação, que são possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade para agir. Positivo que seja o resultado dessa aferição, a ação estará em condições de prosseguir e receber o julgamento do mérito". (*Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 62)

⁶⁸ "O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente."

necessidade de resolver aquele conflito sem prévia interação da outra parte.

Se algum contexto fático ou de direito não tiver sido objeto de apreciação pela Administração Pública, o juiz indeferirá a inicial por ausência de uma das condições da ação, haja vista que, para se ter interesse de solução pelo Judiciário, há que lançar mão da necessidade – que integra o próprio conceito de interesse de agir – daquele conflito ser resolvido por mencionada função estatal.

Se houver esgotamento da análise fática e de direito, em decisão paradigmática, trocando-se apenas os autores da pretensão, configurado estará o interesse de levar a pretensão ao conhecimento do Judiciário.

Ressalte-se, mais uma vez, que cabe ao interessado, por meio de prova documental, comprovar, *ab initio*, a existência de interação negativa, juntando cópia de referida decisão.

Portanto, mostra-se inquestionável a importância do estudo da dinâmica do estudo pelo magistrado, a fim de que as demandas frívolas, isomórficas, ou de fácil solução, sejam resolvidas por meios alternativos igualmente eficazes.

Isso porque a judicialização de interesses não resistidos só tendem a abarrotar os gabinetes dos juízes, que não verificam alternativa senão julgar de forma quantitativa.

Evidencia-se, desse modo, a necessidade premente de uma releitura do próprio interesse de agir, no processo civil de responsabilidade jurisdicional.

3. O INTERESSE PROCESSUAL: UMA REELEITURA COM ENFOQUE NA DINÂMICA DO CONFLITO

3.1 A JUSTIÇA MULTIPORTAS E A SUBSIDIARIEDADE DA JURISDIÇÃO CIVIL:

Apesar de ser de comezinho conhecimento, o processo civil tem por objeto o estudo da forma pela qual o Poder Judiciário exerce sua atividade fim, que é a prestação da tutela jurisdicional a partir de um conflito de interesse entre duas ou mais pessoas.

Portanto, em se tratando de processo contencioso, a jurisdição civil é uma forma bastante eficaz de se por termo ao conflito, mas não a única.

Com efeito, diante da necessidade de superação daquilo que Kazuo Watanabe denominou como “cultura da sentença”, o processo civil passou a cuidar de meios alternativos – ou adequados – de solução de conflitos, que englobam alternativas à coercitividade e imposição da sentença.

Vale ressaltar que o axioma do acesso à Justiça não indica que é competência exclusiva e monopólio do Judiciário a solução de conflitos. Há outros meios alternativos igualmente eficazes e, muitas vezes, mais desejáveis que a solução do litígio por terceiro alheio ao problema apresentado.

Nesse sentido, temas como a conciliação, mediação e arbitragem ganharam grande destaque, especialmente após a entrada em vigência da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo CPC. *Vide*, por exemplo, o conteúdo do art. 3º do CPC.

Sendo assim, diante de um gigantesco oceano raivoso, que são os conflitos inerentes ao convívio em sociedade, a jurisdição civil é uma pequena ilha de conforto para os naufragados, que podem se aconchegar também, e, muitas vezes, com mais facilidade, em outros terrenos igualmente férteis, que são os meios adequados de solução de conflitos.

Por tal razão, a natureza do conflito instaurado irá indicar qual a ilha apropriada para acalentar condutas contrapostas que buscam a satisfação de um interesse juridicamente tutelado. Se, por exemplo, o caso evidenciar hipótese em que não há anterior entre as partes, recomendável se mostra o uso da conciliação, de modo que o conciliador atuará podendo, inclusive, sugerir

soluções para o litígio. Se, de outro lado, houver vínculo anterior entre as partes, a mediação entra em cena para auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.⁶⁹

A ingerência do Estado-Juiz deve ser reservada para as questões mais intrincadas e deve se concretizar apenas quando, sem consenso, haja efetiva lesão ou ameaça de lesão a direito:

É de se esperar que, com o renovado panorama que se descortina, se vá evanescendo o antigo contexto adversarial, gradualmente substituído por outro que sinaliza para uma concepção não protagonista da Justiça estatal, mas que a reposicione como uma instância sob um registro subsidiário ou residual – no melhor sentido dessas palavras –, ou seja, ofertada para aqueles conflitos nos quais a crise jurídica se afigure complexa, reclamando cognição técnica plena e exauriente, e bem assim aqueles casos que, por singularidades de matéria ou de pessoa (ou ainda porque não tenham sido dirimidos de outro modo), efetivamente reclamem passagem judiciária. Essa nova postura, em verdade, visa valorizar a função judicial, laborando para que ela não se banalize e que, gradualmente, possa ser abandonado o vexo de se imprimir crescimento físico ao Judiciário, na proporção direta do aumento do estoque de processos. Isso, antes que a crise numérica se torne inadmissível.⁷⁰

Por isso o Código de Processo Civil adotou uma postura que valoriza e incentiva a solução consensual dos conflitos e dispõe expressamente sobre a denominada Justiça Multiportas:

Justiça Multiportas (*Multi-door Dispute Resolution*). A necessidade de adequação da

⁶⁹ Nesse sentido: Art. 165, § 2º e § 3º, do Código de Processo Civil.

⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, p. 16.

tutela dos direitos não se dá apenas na forma judiciária. O CPC reconhece que, muitas vezes, a forma adequada para a solução do litígio pode não ser a jurisdicional. É por isso que o seu art. 3.º reconhece a arbitragem (§ 1.º) e declara que é dever do Estado promover e estimular a solução consensual dos litígios (§§ 2.º e 3.º). Nessa linha, o Código corretamente não alude à arbitragem, à conciliação e à mediação e a outros métodos como meios alternativos, mas simplesmente como métodos de solução consensual de conflitos. Embora tenham nascido como meios alternativos de solução de litígios (*alternative dispute resolution*), o certo é que o paulatino reconhecimento desses métodos como os meios mais idôneos em determinadas situações (como, por exemplo, a mediação para conflitos familiares, cuja maior idoneidade é reconhecida pelo próprio legislador, no art. 694, CPC) fez com que se reconhecesse a necessidade de alteração da terminologia para frisar semelhante contingência. Em outras palavras: de métodos alternativos passaram a métodos adequados, sendo daí oriunda a ideia de que o sistema encarregado de distribuir justiça não constitui um sistema que comporta apenas uma porta, contando sim com várias portas (*multi-door dispute resolution*), cada qual apropriada para um determinado tipo de litígio.⁷¹

Para além dos meios endoprocessuais de solução adequada de disputas, há de se dar a devida atenção para os mecanismos panprocessuais ou extrajudiciais. Nestes últimos, podemos citar, como exemplo para além da existência de outros, o contencioso administrativo, método de solução de conflitos que, no Brasil, não possui a característica de se tornar insuscetível de discussão ou revisão pelo Judiciário.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*, p. 166.

Com efeito, da ideia de “Resolução Apropriada de Disputas” advém também o chamado “contencioso administrativo” como equivalente jurisdicional⁷² que, do mesmo modo, atende a promoção do acesso à Justiça, a consagração de resposta mais efetiva para certos domínios da conflituosidade social e de desjudicialização e informalização da Justiça, atuando no descongestionamento de tribunais.

Por isso, este estudo teve por objeto examinar, sob o enfoque externo do processo, hipóteses concretas em que se mostra necessário o prévio requerimento administrativo, a partir de uma necessidade premente de releitura do próprio interesse de agir, no processo civil de responsabilidade jurisdicional, a fim de que as demandas frívolas, isomórficas ou de fácil solução sejam resolvidas por meios alternativos.

Partindo-se da premissa de que os recursos públicos são escassos, o que se traduz em limitações na estrutura e na força de trabalho do Poder Judiciário, é preciso racionalizar a demanda, de modo a não permitir o prosseguimento de processos que, de plano, revelem-se inúteis, inadequados ou desnecessários. Do contrário, o acúmulo de ações inviáveis poderia comprometer o bom funcionamento do sistema judiciário, inviabilizando a tutela efetiva das pretensões idôneas.⁷³

3.2 O INTERESSE DE AGIR COMO CONDICIONANTE DO ACESSO À JUSTIÇA: A NECESSIDADE DE SE IR A JUÍZO EM COTEJO COM A DINÂMICA DO CONFLITO E AS DIRETRIZES DO RE Nº 631.240

À margem da discussão acadêmica que permeia o tema condições da ação – se persistem de acordo como o Código de

⁷² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPODVIM, 2015. p. 166.

⁷³ Trecho retirado do inteiro teor do RE nº 631.240, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, em sessão do Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_6718842>.

Processo Civil vigente ou não – até porque este estudo possui um viés eminentemente prático –, é importante consignar que o art. 17 do supramencionado diploma legal impõe que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

Portanto, o interesse, seja encarado como condição da ação propriamente ou pressuposto processual,⁷⁴ deve ser levado em conta para ingresso em Juízo.

Aliás, o interesse em agir ou interesse processual possui três facetas bastante conhecidas em sede doutrinária: a utilidade, adequação e a necessidade.

A utilidade significa que o processo deve trazer proveito para o autor, isto é, deve representar um incremento em sua esfera jurídica. Assim, por exemplo, diz-se que não tem interesse em recorrer a parte que obteve provimento totalmente favorável. Em tal hipótese, eventual recurso não será conhecido, ou seja, não terá o mérito apreciado.

A adequação, por sua vez, traduz a correspondência entre o meio processual escolhido pelo demandante e a tutela jurisdicional pretendida. Caso não observada a idoneidade do meio para atingir o fim, não pode haver pronunciamento judicial de mérito, uma vez que o requerente carece de interesse na utilização daquela via processual para os objetivos almejados. Por exemplo: caso o autor pretenda demonstrar sua incapacidade para o trabalho por prova pericial, não poderá lançar mão de mandado

⁷⁴ A título de exemplo, vale citar o texto disponível na internet de autoria do professor Alexandre Freitas Câmara, intitulado “Será o fim da categoria ‘Condição da Ação’? Uma resposta a Fredie Didier Junior”. Neste artigo, o autor discorda do jurista baiano que entende que o CPC atual não fez mais referência ao termo condição da ação, a evidenciar que o legislador pretendeu dar uma nova roupagem ao interesse de agir e à legitimidade *ad causam*, que seriam então compreendidos como parte integrante dos pressupostos processuais. Parece-nos, no entanto, que a posição de Didier é minoritária doutrinariamente, de modo que neste trabalho vamos nos referir ao interesse de agir como verdadeira condição de se movimentar o aparato jurisdicional civil.

de segurança, ação que inadmitte dilação probatória.

A necessidade, por fim, consiste na demonstração de que a atuação do Estado-Juiz é imprescindível para a satisfação da pretensão do autor. Nessa linha, uma pessoa que necessite de um medicamento não tem interesse em propor ação caso ele seja distribuído gratuitamente.⁷⁵

Como já afirmado no tópico anterior, há outros meios eficazes de combate ao conflito, de modo que a decisão adjudicada pelo Estado deve ser necessária, útil e residual.

hoje se cogitam e se vão implementando outras fórmulas, para além da chamada *solução adjudicada* (decisão judicial de mérito), certo que esta última vem impregnada do peso da intervenção estatal, que, a par de acarretar uma duração excessiva ao processo, resulta no acirramento dos ânimos já antes exaltados pela judicialização da controvérsia, sistema que ao final acaba por converter e polarizar os contraditores em *vencedor* e *vencido*, insuflando a contenciosidade ao interno da coletividade.⁷⁶

Portanto, é prudente que, antes de se optar pela decisão judicial, o impasse venha à mesa de negociações para fins de verificar se, naquele caso concreto, há *necessidade* de solução por meio de uma sentença de mérito outorgada pelo Estado-Juiz, a evidenciar uma nova roupagem do próprio interesse de agir dentro do processo civil.

Se este se configura quando há necessidade e utilidade do acesso à Justiça, então é possível entender-se, numa releitura atualizada e contextualizada, que falta dita

⁷⁵ Trecho retirado do inteiro teor do RE nº 631.240, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, em sessão do Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_6718842>.

⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado do direito*, p. 14.

condição quando o direito controvertido poderia e deveria ter sido antes submetido a outros meios auto ou heterocompositivos, preordenados a resolvê-lo de modo justo, tempestivo e sob razoável relação custo-benefício. Com tal estratégia se estimularia, ademais, a prática da vera cidadania, a par de ensejar alívio à notória sobrecarga do serviço judiciário estatal, o qual, assim postado numa perspectiva residual ou subsidiária, recepcionaria os casos que, por singularidades de pessoa ou de matéria ou pela complexidade da *quaestio iuris*, reclamassem cognição plena e exauriente, e bem assim, aquelas controvérsias que se mostrassem resistentes à resolução por aqueles outros meios.⁷⁷

À luz da dinâmica do conflito, não sendo hipótese de interação negativa evidente, impõe-se ao titular do direito potestativo que provoque o sujeito passivo da relação jurídica, no caso a Administração Pública, efetuando requerimento, recurso, petição, ou qualquer nome que o valha, prévios, no intuito de verificar a postura do ente ideal diante da pretensão veiculada.

Este é, pois, o meio menos intenso de se interagir se comparado ao ingresso com ação judicial.

Se do requerimento há consenso, alcançada está a almejada pacificação social e a ingerência de qualquer outro poder na relação social mostra-se despicienda.

No entanto, acaso haja resposta negativa ou postura omissiva à pretensão inicial formulada administrativamente, há que se falar em lesão a direito, razão pela qual é nestas hipóteses que se cogita na necessidade de ida ao Judiciário e, por corolário lógico, na presença do interesse de agir como condição da ação.

A ausência de requerimento administrativo prévio, *ipso facto*, implica vício congênito da demanda capaz de impedir a análise de mérito, uma vez que, na espécie, não há nenhuma interação prévia, de modo que não é possível aferir se havia

⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, p. 266.

surgido para o interessado o próprio direito de ação, consistente na afirmação de lesão ou ameaça de lesão a um direito.

Se, todavia, no processo jurisdicional o representante do Estado ofereceu contestação, ofertando argumentos contrários à pretensão do administrado, superado está o vício inicial, de modo que a demanda deve prosseguir em seus ulteriores termos, visto que a interação negativa foi revelada pelo manejo da peça processual de resistência.

A propósito:

Em se tratando de prestação previdenciária que não pode ser atendida de ofício, é indispensável haja demonstração da resistência ao seu atendimento na órbita administrativa, sem o que não resta configurado o interesse de agir em juízo. Isso não significa que se exige o esgotamento da via administrativa. Não. A resistência pode se manifestar até mesmo pela demora na apreciação do pedido, ou, até, pela negativa de recebê-lo. O que não se admite é que sejam postulados diretamente em juízo benefícios previdenciários cuja concessão depende, necessariamente, da iniciativa do segurado” (Embargos Infringentes em Matéria Cível n. 94.04.11268-2/SC, TRF/4ª, 2ª Seção, j. 19/06/96, relator Juiz Teori Albino Zavascki). Essa orientação ganhou, mais recentemente, a chancela de acórdãos do STJ em casos análogos (v.g.: REsp 1.310.042, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 28/05/12, AgRg REsp 1.331.251, 2ª T., Min. Castro Meira, DJe 26/04/13). Nessa linha de entendimento, há de ser prestigiada, no presente recurso extraordinário com repercussão geral, a mesma tese constante da ementa do acórdão naquele precedente, a saber: “Em se tratando de benefício previdenciário cuja concessão só pode se dar se e quando requerida pelo segurado, o interesse de agir em juízo pressupõe prévio requerimento administrativo”, ou que, por

outro modo, fique demonstrada a resistência do INSS.⁷⁸

A função jurisdicional, portanto, não pode ser movimentada sem que haja um motivo⁷⁹. O próprio Enunciado 77 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF descortina que “o ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo”.

Sob essa perspectiva:

A par dessa (crescente) interação da Justiça estatal com outros órgãos, agentes e instâncias preordenados à resolução de conflitos, vale ressaltar que a própria opção pela judicialização do conflito não é (nem deve ser) facilitada (no senso em que uma percepção desavisada ou defasada pode sugerir), mas, ao contrário, fica a depender do atendimento a quesitos de existência e validade, assim da ação (condições) como do processo (pressupostos) e do próprio Juízo (isenção, imparcialidade), a par de certas exigências específicas complementares, como a notificação ao inquilino, nas locações por prazo indeterminado (Lei 8.245/1991, art. 46, § 2.º); o protesto do título cambial para caracterizar a impontualidade do devedor; a emissão do decreto de utilidade pública para a ação de desapropriação (Dec.-lei 3.365/1941, art. 13). É dizer, hoje a jurisdição já se descolou da vetusta conotação monopolizada estatal, para, numa perspectiva progressista, consentir uma acepção de perfil expansivo e incluyente, assim receptivo a outros agentes, órgãos e instâncias, e em certos casos até presumindo sua intervenção, pondo à calva que o escopo

⁷⁸ Trecho retirado do voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki no RE nº 631.240. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>, sob o número 6718842.

⁷⁹ Frase proferida pelo Ministro Luiz Fux retirada da discussão travada em plenário no RE nº 631.240. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>, sob o número 6718842.

de pacificação dos conflitos com justiça não é, nem deve ser, apanágio exclusivo da função judicial do Estado.⁸⁰

Ora, se a necessidade que consubstancia o próprio núcleo duro do interesse de agir é analisada *in statu assertionis*, caberá ao juiz, com base no conteúdo da argumentação trazida na petição inicial, avaliar se aquele caso reflete uma lesão ou ameaça de lesão capaz de motivar a ingerência do Judiciário.

Não há *necessidade* e, por consectário, *interesse de agir*, sem a ocorrência de interação prévia em conflitos que envolvem a Administração Pública.

Portanto, em regra, exige-se o requerimento administrativo prévio para comprovar a interação mínima com a administração pública, tratando-se, por tal razão, de uma condição de fato – estado de coisas – deve ser comprovado no processo jurisdicional. Legitimam o acesso ao Judiciário a interação negativa por ação, que é aquela em que a Administração, expressamente, emite juízo de valor contrário à pretensão do interessado, ou a interação negativa por omissão, que decorre da própria inércia da Administração em cotejo ao princípio da razoável duração do processo.

Excepcionalmente, nos casos de interação negativa chapada, cabe ao autor mencionar a sua ocorrência na inicial, de modo a permitir que o juiz possa analisar no estado das asserções a ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direito.

Resumidamente:

Hipótese um: concessão do benefício inicial, exige-se prévio requerimento administrativo. Hipótese dois: revisão do benefício, não se exige, salvo se necessária a comprovação de matéria de fato. Terceira: não se exige, se a posição do INSS for notória e reiteradamente contrária à postulação.⁸¹

⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, p. 200.

⁸¹ Frase proferida pelo Ministro Roberto Barroso retirada da discussão travada em plenário no RE nº 631.240. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>, sob o número 6718842.

Em arremate, uma advertência deve ser feita: não se pode confundir a exigência de requerimento administrativo prévio com o esgotamento das instâncias administrativas.

É muito importante não confundir – como às vezes faz a jurisprudência – a exigência de *prévio requerimento* com o *exaurimento* das vias administrativas. A regra do art. 153, § 4º, da Constituição anterior (na redação dada pela EC nº 7/1977), que autorizava a lei a exigir o exaurimento das vias administrativas como condição para ingresso em juízo, não foi reproduzida pela Constituição de 1988. Esta a razão pela qual foram editadas a Súmula 213/TFR (“O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”), a Súmula 89/STJ (“A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”) e a Súmula 9/TRF3 (“Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação”). Esclareça-se, porém, que o requisito do prévio requerimento se satisfaz com a mera postulação administrativa do benefício, perante a primeira instância com atribuição para conhecê-lo, enquanto o exaurimento significa a efetiva utilização de todos os recursos administrativos cabíveis.⁸²

Em nenhum momento, pretendeu-se condicionar o direito de ação do autor ao esgotamento das vias administrativas, mas sim ao requerimento administrativo prévio.

Com efeito, o requerimento administrativo prévio diz respeito à necessidade de se vindicar, de modo apriorístico, a pretensão na esfera administrativa, de modo a propiciar o deferimento ou indeferimento da postulação. Não traz prejuízos ao administrado; pelo contrário, só o beneficia. Se, de alguma

⁸² Trecho retirado do inteiro teor do RE nº 631.240, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, em sessão do Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>, sob o número 6718842.

maneira, o prejudicar, este mesmo administrado estará escudado pelo o axioma do acesso à Justiça.

De outro lado, exaurir é sinônimo de esgotar, ou seja, necessitaria o administrado utilizar-se de todos os recursos cabíveis, administrativamente, para se socorrer às vias judiciais, o que, no atual estado de coisas, mostra-se inviável.

CONCLUSÃO

Após exaurir o aporte teórico relativo ao tema exposto, pode-se concluir que o julgamento do RE nº 631.240 não representou situação de “jurisprudência defensiva”. Pelo contrário: cuidou de dar interpretação sistêmica à luz da moderna teoria do conflito, a qual se coaduna plenamente ao axioma do acesso à Justiça.

O precedente qualificado acima referido indica que, nas situações em que não houve nenhuma interação daquele que pretende ver um direito reconhecido pela Administração Pública, mostra-se necessário o prévio requerimento administrativo, que é um recurso colocado à disposição destes interessados, de baixo ou nenhum custo, e de igual resultado ao conferido pela decisão adjudicada em processo judicial.

Ora, se havia recursos menos intensos colocados à disposição do interessado que pudesse alcançar igual resultado, sem qualquer ônus para ambas as partes – requerimento administrativo prévio –, este deve preferir ao meio mais intenso de interação, que é a ação judicial.

Com efeito, sendo a Administração Pública uma abstração representativa da supremacia do interesse público, de modo que tal interesse não se encontra, portanto, à disposição do administrador ou de quem quer que seja, o único meio de se buscar uma interação mínima é pela via processual.

E dada a preferência do direito petição, ele adquire a roupagem de válvula motriz da interação em conflitos que tenham por objetivo a vindicação de um direito perante a Administração Pública.

É com ele que se poderá perquirir se o ente ideal irá adotar uma postura consensual ou resistirá de alguma maneira à pretensão.

Como visto, o consenso revela pacificação da relação social e, por consequência, desnecessidade de intervenção judicial de qualquer ordem.

O dissenso, por sua vez, será configurado a partir de uma postura comissiva, ou seja, a partir de uma resistência fundada, ou omissiva, que se revela pela inércia do ente ideal a despeito da intensificação da pretensão por meio do requerimento administrativo.

A resistência também será demonstrada em situações de evidente contrariedade à pretensão formulada, avaliada a partir de uma postura anterior da Administração – hipótese de interação negativa evidente.

Nas três situações de dissenso – interação negativa por ação, omissão ou evidente – se entender que seu direito foi vilipendiado pela administração, o administrado possui o inequívoco interesse de agir em Juízo, pois, diante de uma das interações apresentadas, verifica-se a presença de lesão ou ameaça de lesão a direito.

Por outro lado, se não houve interação mínima, o administrado irá afirmar a existência, em Juízo, de um direito não resistido até então, de modo que, pela notória inviabilidade da análise de lesão ou ameaça de lesão ao direito afirmado, não haverá como dar seguimento à ação pela carência processual, ou seja, pela inexistência de lesão ou ameaça de lesão a direito, que implica no desinteresse de agir e na desnecessidade de se movimentar o Poder Judiciário.

Terá, pois, antes, de efetivar o requerimento administrativo prévio, fazendo valer o seu direito de petição para que comprove em juízo a interação negativa que obteve à pretensão apresentada.

Se a interação inicial for de ordem negativa, o interessado já está autorizado a ingressar com ação judicial, a exemplo do que ocorre nos casos de indeferimento pelo INSS da pretensão previdenciária, ou se excedido o prazo legal para sua análise.

O que se está a exigir não é o esgotamento das vias administrativas, mas sim uma interação mínima com a administração.

Observe-se que já haverá interação negativa na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, de modo que o pedido poderá ser formulado diretamente em Juízo, porquanto o comportamento anterior do ente público indica que não atuará de modo cooperativo, de modo a reconhecer o direito pleiteado administrativamente. É o que se convencionou chamar, no presente estudo, como interação negativa evidente.

A ideia de fundo, portanto, do RE nº 631.240 é viabilizar a prévia interação entre os litigantes para, só no caso de resistência – por ação ou omissão –, buscar-se uma solução por meio do Poder Judiciário, de modo que sua ingerência no cenário

conflitivo se concretize apenas quando, sem consenso, haja efetiva lesão ou ameaça de lesão a direito e a prestação jurisdicional – decisão adjudicada – seja medida útil e necessária a uma das partes inclusive sob o enfoque custo-benefício.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Justiça: acesso e descesso**. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 8, n. 65, mai. 2003. Disponível em: [<http://jus.com.br/revista/texto/4078/justiça-acesso-e-descesso>].
- ARMELIN, Donaldo. **Legitimação para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 1979
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o direito administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, 1996.
- BUENO, Cassio Scarpinella & CIANCI, Mirna. **O acesso à justiça e as reformas do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Júnior**. Revista de Processo. n. 197, jul. 2011.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesso**. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Novas funções judiciais no Estado moderno**. Revista dos Tribunais. n. 614, dez. 1986.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.
- _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. t. I e II.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. t. I.

ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma**. Barcelona: Gedisa, 2002

FARIA, José Eduardo. **O Judiciário e seus dilemas**. Revista do Advogado (AASP), n. 56, set. 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?**. Revista USP. n. 13, p. 14, mar.-mai. 1994.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à Justiça: Da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo**. São Paulo: Atlas, 2007.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais**. Revista de Processo. n. 173, jul. 2009.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. Revista Jurídica. n. 379, mai. 2009.

_____. **Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes**. In: GOZZOLI, Maria Clara et al (coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos – Estudos em homenagem à Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A ética dos precedentes justificativa do novo CPC**. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. **A jurisdição no Estado contemporâneo.** In: _____ (coord.). *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.* São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____. **Precedentes obrigatórios.** 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2.013.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário.** 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MEDINA, Eduardo Borges. **Meios alternativos de solução de litígio: o cidadão na administração da justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** (atualização por Eurico de Andrade Azevedo et al). 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Bandeira de. **Controle judicial dos atos administrativos.** Revista de Direito Público. n. 65, jan.-mar. 1983.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga.** Campinas: Millenium, 2006.

_____. **Os três eixos da reforma do Judiciário.** Revista do Advogado (AASP). n. 75, p. 71, abr. 2004.

_____. **O juiz e o acesso à justiça.** 2. ed. Rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 13 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

_____. **O Estado e a Educação.** Florianópolis: Editora Lunardelli, 1980.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no Direito Processual brasileiro.** São Paulo: Acadêmica, 1994

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

_____. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. n. 30, fev. 1996.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SIENA, Osmar. **Metodologia da pesquisa científica: Elementos para Elaboração e Apresentação de Trabalhos Acadêmicos**. Departamento de Administração UNIR. Porto Velho, 2007.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Eстера Maszkat. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**. 4ed. Revisada e atualizada. Florianópolis, 2005.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à justiça e autonomia financeira do Poder Judiciário: a quarta onda?** Curitiba: Juruá, 2010.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.