

# CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS: LIMITAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INAFSTABILIDADE ?

**Delton R. S. Meirelles<sup>1</sup>, Bárbara Wayne Barreto Ferreira<sup>2</sup>**

<sup>1</sup>UFF/ Faculdade de Direito, R. Presidente Pedreira, 62, Niterói (RJ), delton@vm.uff.br

<sup>2</sup>UFF/ Faculdade de Direito, R. Presidente Pedreira, 62, Niterói (RJ), barbarawayne@ig.com.br

**Resumo-** O presente artigo busca expor algumas controvérsias entre dois princípios constitucionais que se aplicam ao controle jurisdicional dos atos administrativos: a garantia da inafastabilidade do direito de ação (art. 5º, XXXV) e o respeito à separação de poderes (art. 2º). Verificou-se na jurisprudência um constante argumento dos advogados públicos que a necessidade de se invocar a tutela jurisdicional apenas surgiria do esgotamento das vias administrativas, o que supostamente condicionaria o direito constitucional de ação. Assim, valendo-se da teoria eclética da ação (adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro), analisa-se a conveniência desta tese, numa perspectiva garantística do direito processual.

**Palavras-chave:** Carência de ação, Inafastabilidade, Administrativo, Controle.

**Área do Conhecimento:** VI Ciências Sociais Aplicadas.

## Introdução

Uma das principais questões interdisciplinares que ligam o direito administrativo ao direito processual é a possibilidade do controle jurisdicional dos atos do Poder Público. De fato, ao mesmo tempo em que a Constituição assegura a independência entre os poderes (art. 2º), deixa claro ser um direito fundamental a tutela jurisdicional em caso de lesões praticadas pela Administração (art. 5º, XXXV c/c art. 37, § 6º).

Assim, existe uma zona cinzenta entre o respeito ao mérito administrativo (juízo político de conveniência e oportunidade, constitucionalmente assegurado ao administrador) e o direito à tutela jurisdicional efetiva. Da concepção absolutista de irresponsabilidade estatal à aplicação de princípios limitadores da atuação estatal, muitas são as controvérsias doutrinárias e, especialmente, jurisprudenciais.

Neste presente trabalho, será analisada a constitucionalidade da provocação do Judiciário antes do esgotamento das vias administrativas, à luz do interesse processual.

## Material e Métodos

É princípio basilar do Direito Processual a garantia de acesso à justiça. Mas o que se entende pela expressão “acesso à justiça” ?

Acesso à justiça, é um direito fundamental da pessoa humana, previsto constitucionalmente, que tem por escopo garantir a todos o acesso ao Poder Judiciário para a defesa de seus direitos.

Neste sentido, a inafastabilidade da tutela jurisdicional é alçada à garantia constitucional, estabelecida no art. 5º, XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”)

Em princípio, o direito de ação revela-se incondicionado, plenamente disponível a qualquer um que se sinta lesado ou ameaçado. Ocorre que seu exercício pode ser condicionado a requisitos le-

gais, impostos e regulamentados pela lei infraconstitucional (códigos e leis extravagantes).

Neste sentido que o Código de Processo Civil estabelece condições para o exercício do direito de ação, incorporando a teoria eclética formulada por Liebman. Para este processualista, são três as condições da ação, nas quais se avaliam as condições pessoais das partes, a licitude do objetivo que se deseja alcançar através do pedido e, principalmente, o interesse processual na prestação da atividade jurisdicional, que caracterizam, respectivamente, a legitimidade das partes, objeto lícito e possível e o interesse de agir.

O interesse de agir desdobra-se, por sua vez, em necessidade-utilidade e adequação. Ou seja, é necessário que, ao recorrer ao Judiciário, não existam outros meios através dos quais a parte possa solucionar o conflito de interesses no qual esta envolvida, ou seja, a prestação da atividade jurisdicional deve ser absolutamente indispensável. Por outro lado, a decisão proferida pelo julgador deve ter utilidade para aquele que a requer e, por fim, a via adotada deve ser adequada à prestação desejada pela parte.

Entretanto, inúmeras divergências surgiram em decorrência na interpretação do significado da palavra necessidade, visto que, no plano do direito administrativo, discute-se se a necessidade para se propor ação surgiria apenas se todas as vias administrativas a que poderia recorrer a parte tivessem sido esgotadas. Caso contrário, a via judicial seria inadequada.

Tendo em vista tais conceitos metodológicos (inafastabilidade versus interesse), serão analisados casos em que resta patente tal conflito, observados na legislação regulamentadora e na interpretação jurisprudencial de nossos tribunais.

Utilizando-se como fonte de pesquisa, para o presente estudo as jurisprudências dos seguintes tribunais: STF; STJ; TRF/2ª Região e TJ/RJ.

Por fim, cumpre destacar que o objeto deste trabalho não é analisar a possibilidade do Judiciário controlar atos administrativos, pois é pacífica a jurisprudência no que se refere à possibilidade do controle dos elementos formais (“Cabe mandado de segurança para atacar vícios formais de processo administrativo. Precedentes citados: RMS 16.644-RS, DJ 19/12/2003, e RMS 16.450-RS”. RMS 18.056-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 7/12/2004. Info/STJ Nº 232)

### Resultados

A única exceção constitucional à regra da ampla inafastabilidade está presente no art. 217, § 1º, que determina o esgotamento da via administrativa da justiça desportiva, antes de se recorrer ao Judiciário. Porém, tal dispositivo, deve ser aplicado cuidadosamente, posto que impõe uma limitação a um direito fundamental constitucionalmente previsto, qual seja, o acesso à justiça.

Em caso decidido pela 4ª Turma do STJ (RESP 210892, j. 05/10/1999, rel. Ruy Rosado de Aguiar), negou-se provimento justificando ter sido, após a “Lei Zico” (lei n.º 8.672/93), extinto o Tribunal Superior de Justiça Desportiva. Assim sendo, já havia sido percorrida toda a instância administrativa, fato que ensejava a necessidade do mesmo, caracterizando o interesse de agir.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, encontrou-se dois acórdãos neste mesmo sentido:

Ação declaratória visando à obtenção de certeza quanto à validade e eficácia das decisões do superior tribunal de justiça desportiva e, como decorrência, pleiteando, também, que se estabeleça preceito que obrigue à ré, confederação brasileira de futebol, a dar o devido cumprimento às referidas decisões. Ausência de interesse processual, na medida em que não cabe ao Judiciário estabelecer certezas que emanam da própria Lei, circunstância que torna a prestação jurisdicional reclamada desnecessária e inútil. Matéria relativa às condições da ação que não se acoberta pela preclusão e pode ser conhecida de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. As ações de conteúdo puramente declaratório visam a obter certeza quanto à existência ou inexistência de uma relação jurídica. APELO PROVIDO. (Processo: 2005.001.04081)

Atletas filiados à liga de judô, necessidade de adequação às regras da confederação, entidade nacional e única responsável pela organização da prática e gestão da modalidade no Brasil. Dever de respeitar normas, regulamentos, decisões e regras Desportivas. (Processo: 2004.001.15950)

Nos casos de limitações legais, em princípio vige o entendimento de que é “desnecessário o esgotamento da via administrativa para o ingresso

de ação judicial face o princípio da inafastabilidade da jurisdição” (TJ/RJ, proc. nº2004.001.18249)

A jurisprudência do STF, em matéria constitucional, revela alguns casos em que foi enfrentada a questão do esgotamento das instâncias administrativas. Em precedente publicado em recente boletim informativo, discutiu-se a constitucionalidade do respeito do processo fiscal no qual se visualiza a utilização simultânea das vias Administrativa e judicial.

Esse informativo teve como base a retomada pelo tribunal de diversos recursos extraordinários interpostos contra decisões TJ/RJ, visto que negavam provimento da apelação, indeferindo mandado de segurança preventivo impetrado, alegando impossibilidade dessa utilização simultânea das vias administrativas e judicial, baseando a sua decisão no art 38 da lei 6830/80:

A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admitida em execução, na forma dessa lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declaratório da dívida, esta precedida do depósito preparatório no valor do débito monetário corrigido e acrescido de juros e multa de mora, mais encargos.

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

Assim como o TJ, alguns ministros como Gilmar Mendes, consideram que o contribuinte, opta pelo meio mais favorável ao seu interesse, por isso não caberia provimento ao recurso haja em vista a renúncia à faculdade de recorrer no âmbito administrativo.

Desta forma não considerou ser desproporcional o parágrafo único do art 38 da lei de execução fiscal caso em que o contribuinte opte desde logo a tutela judicial em detrimento da proteção administrativa.

Entretanto outros ministros como Marco Aurélio incluíram na sua fundamentação a ofensa aos altos da petição. A conclusão foi pelo provimento dos recursos para declarar a inconstitucionalidade do referido artigo, e conceder a segurança para ter seqüência o processo administrativo.

Em matéria previdenciária, é corrente o argumento do esgotamento prévio das vias administrativas do INSS para a propositura da respectiva ação. Ocorre que, conforme exaustivamente verificado na pesquisa, os tribunais interpretam que “aos benefícios concedidos antes da Constituição Federal de 1988, aplica-se a Súmula 260 do TFR. O direito de ação é direito processual-constitucional, não sendo necessário o esgotamento da via administrativa para ter direito a uma

sentença meritória" (TJ/RJ, proc. n° 2004.001.21896)

De uma forma geral, a jurisprudência admite a independência das instâncias administrativa e jurisdicional. Assim, entendeu o STF que a decisão que rejeita a instauração de processo administrativo disciplinar não impede a apuração dos mesmos fatos em processo criminal uma vez que as instâncias penal e administrativa são independentes. No caso concreto, a Turma indeferiu habeas corpus em se que pretendia o trancamento da ação penal instaurada contra juiz de direito sob a alegação de que o órgão especial do Tribunal de Justiça local, ao determinar o arquivamento dos autos da representação administrativa contra o paciente, reconheceu expressamente que o mesmo não cometera o delito que lhe foi imputado (STF. 1ª Turma. HC 77.770-SC, rel. Min. Néri da Silveira, 7.12.98. Info/STF 135).

Neste sentido também interpretou o STJ : *"Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos."* (MS 7.138/DF, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 19/3/2001).

## Resultados

Ao contrário do que se poderia supor, a tese da separação de poderes justifica a intervenção do Judiciário nas lesões praticadas pela Administração Pública. De fato, seria muito incoerente condicionar-se o direito de ação ao prévio esgotamento das vias administrativas. Tal ato de subordinação em muito prejudicaria os cidadãos limitando sua liberdade e estabelecendo uma organização tirana com supremacia do executivo.

Nos exemplos dados no presente trabalho podemos perceber inclusive que a ação proposta no judiciário goza de independência plena, já que a necessidade nasceria pura e simplesmente da alegação de lesão ou de ameaça à lesão (art. 5º, XXXV, CF/88), e não da negativa de "jurisdição" administrativa. Logo além de moroso seria inútil aguardar o termino do processo em dadas vias (administrativas), para só então acionar o Judiciário.

Conclui-se assim que, de uma forma geral, o entendimento jurisprudencial faz-se coerente com os pressupostos constitucionais em com os a lógica processual das condições da ação. Ratificando não ser uma delas o prévio esgotamento de processo em vias administrativas e nem mesmo a resolução desfavorável deste, uma vez que a ação judicial goza de plena independência, se submetendo apenas as suas próprias condições.

## Referências

[1] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. RJ, Editora Forense, 1985

[2] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. SP: Malheiros, 2005.