

# A EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS (\*)

José dos Santos Carvalho Filho

## Sumário

1. *Os Sistemas Jurídicos de Controle*
  - 1.1. *O Sistema Inglês*
  - 1.2. *O Sistema Francês*
2. *O Direito Brasileiro*
3. *O Contencioso Administrativo*
4. *A Norma do Art. 153, § 4.º em Confronto com o Sistema Judiciário de Controle*
5. *O Problema da Exaustão da Via Administrativa*
6. *O Sentido de "Exaurir a Via Administrativa"*
7. *O Descabimento do Mandado de Segurança*
8. *A Análise do Art. 153, § 4.º, da Constituição Federal*
9. *Conclusão*
  1. *Os Sistemas Jurídicos de Controle*

O Estado de Direito só pôde configurar-se como tal quando suas atividades passaram a ser suscetíveis de controle por mecanismos criados pelo próprio Estado. Na verdade, foram principalmente dois os efeitos dessa conquista na nova etapa da evolução jurídica. Em primeiro lugar, o Estado passou a submeter-se ao desfazimento de seus atos arbitrários e ilegais. Em segundo, conferiu-se aos cidadãos a garantia de aferir essa ilegalidade junto a órgãos imparciais e independentes do mesmo Estado.

Na medida em que o controle constituiu uma premissa inafastável, coube a cada Estado arquitetar as formas pelas quais poderia exercê-lo. Criaram-se, então, as normas delineadoras do controle do Estado pelo próprio Estado.

---

(\*) O presente trabalho obteve o prêmio pelo 1º lugar (área cível) no VI Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro — Cabo Frio, outubro de 1985.

Com o sistema de tripartição de poderes, aperfeiçoado por *Montesquieu*, e, ainda, com a necessidade de estabelecer-se um equilíbrio entre eles, de forma a que um não viesse a sobrepujar o outro, os regimes constitucionais demonstram a existência de controles naturais de um Poder sobre as atividades de seu congênere.

Como lembrou *Dalmo Dallari*, "o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*" (1).

Por isso, é inegável a existência de fenômenos constitucionais de controle do Executivo sobre o Legislativo (v. g., o veto); do Legislativo sobre o Executivo (ex.: a rejeição do veto); do Judiciário sobre o Legislativo (ex.: o controle da constitucionalidade das leis), etc.

No entanto, se têm relevo essas formas de controle político entre os Poderes, menor relevo não tem a que decorre da relação entre Administração e Justiça (2).

Nesse aspecto, podem encontrar-se basicamente, dois sistemas de controle: o sistema *inglês*, também chamado *judiciário* ou de jurisdição una, e o sistema *francês*, denominado ainda de dualista ou do contencioso *administrativo*.

O perfil jurídico de cada um dos dois sistemas decorreu das razões históricas que levaram a França e a Inglaterra a adotá-los em seus ordenamentos jurídicos. Nas palavras de *Charles Debbasch*, é exatamente em função de sua história e de sua ideologia que cada país cria seu próprio sistema administrativo, erigindo, então, as regras que vão regular a Administração internamente e em suas relações com o corpo social (3).

### 1.1. O Sistema Inglês

Na Inglaterra a instituição do sistema judiciário está ligada às conquistas obtidas pelo povo contra os privilégios das cortes inglesas, privilégios esses naturais, porquanto todos os poderes se concentravam nas mãos do soberano. Pouco a pouco, entretanto, foram-se reduzindo os poderes do rei através de pactos firmados entre o monarca e alguns componentes da nobreza, ou entre o monarca e os membros do Legislativo.

Surgiu a princípio a Magna Carta (1215), mas foi com o *Act of Settlement* de 1701 que a Justiça se desvinculou do poder real e os

(1) DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos da Teoria Geral do Estado*, 1983, pág. 193.

(2) MARCELO CAETANO, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, 1977, pág. 483.

(3) CHARLES DEBBASCH, *Institutions et Droit Administratifs*, vol. 1, Paris, 1976, pág. 40.

juízes passaram a ter a prerrogativa da estabilidade em seus cargos, assegurando-se-lhes, em conseqüência, a garantia de julgamentos imparciais (4).

A característica básica do sistema inglês consiste, como ensina *Seabra Fagundes*, na "apreciação das atividades administrativas do Estado, seja no âmbito do Direito Privado, seja no do Direito Público, através do Poder Judiciário", daí porque "toda ou quase toda a matéria do contencioso administrativo incide no seu conhecimento como órgão jurisdicional" (5).

Em estudo que fizemos sobre o contencioso administrativo, afirmamos a existência de um elemento a mais na caracterização do sistema judiciário, qual seja, a de possuírem as decisões do Judiciário o cunho de definitividade (*auctoritas rei judicatae*), sendo, pois, imutáveis em regra (6).

## 1.2. O Sistema Francês

O regime de controle existente na França nasceu da Revolução Francesa de 1789. Anteriormente o Judiciário tinha grande ingerência nos negócios da Coroa, e, sendo composto de indivíduos da confiança do Rei, não proporcionava a necessária credibilidade entre os cidadãos. Havia um consenso de que Coroa e Justiça trilhavam a mesma senda.

A Revolução Francesa, dessa maneira, encontrou um quadro social e político apropriado para separar com rigor as funções administrativa e judicial. A Lei 16, de 24-08-1790, para evitar dúvidas, estabeleceu o princípio de que as funções judiciárias eram distintas das funções administrativas e que, em face disso, deveriam permanecer separadas. A lei foi mais além e enunciou: "Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer maneira, as atividades dos corpos administrativos"

Criou-se, portanto, como resume *Laubadère*, uma justiça administrativa ao lado da justiça ordinária, cada qual com seus juízes e tribunais, estando a cargo daquela o deslinde de questões ligadas à atividade administrativa (7).

---

(4) HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1979, págs. 32/33.

(5) M. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1979, págs. 111/112.

(6) *O Contencioso Administrativo no Brasil*, de nossa autoria, in "Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do R.J.", vol. 8, 1978, pág. 200.

(7) ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Manuel de Droit Administratif*, Paris, 1976, pág. 39: "L'existence d'une juridiction administrative, c'est-à-dire d'un ordre de tribunaux spéciaux, distinct de l'ordre des tribunaux judiciaires, pour juger l'ensemble des litiges soulevés par l'activité administrative ("contentieux administratif") constitue le troisième élément, le plus important et le plus original, du système français."

Vigora, no sistema francês, o princípio da separação das autoridades judiciária e administrativa, ambas dotadas de aptidão jurídica para proferir decisões definitivas e revestidas da autoridade da coisa julgada. A atividade de uma não pode interferir na da outra, o que levou *Ve-del* a realçar que o traço fundamental dessa separação é o que interdita aos tribunais judiciários conhecer de litígios administrativos, estes da competência dos juízes e tribunais administrativos (8).

A Justiça Administrativa tem a sua própria estrutura organizacional, sua própria competência e ações específicas para a deflagração do direito à prestação jurisdicional, como se pode verificar em minucioso e substancial trabalho de *Sergio de Andréa Ferreira* a respeito do tema ("O Contencioso Administrativo como Sistema de Controle Jurisdicional da Administração Pública: O Modelo Francês") (9).

## 2. *Direito Brasileiro*

No tempo do Império, e como corolário do sistema colonial a que estava sujeito, o Brasil adotou, embora parcialmente, o sistema francês ou do contencioso administrativo. As características desse sistema evidenciavam-se, como já ensinava o *Visconde de Uruguai*, pelo fato de que o contencioso não pertencia ao Judiciário, sendo, assim, inseparável do poder administrativo, bem como por ser "indispensável que as decisões contenciosas sejam cercadas das garantias que oferecem os Tribunais, com certa forma de processo e recurso" (10).

A partir da Constituição republicana de 1891, inspirada notoriamente nos postulados da Constituição americana, o Brasil passou a adotar o sistema da jurisdição una, outorgando ao Judiciário, e somente a ele, o poder geral de dizer o direito em caráter definitivo, qualquer que fosse a natureza da matéria discutida ou as partes em litígio.

As Constituições posteriores não se afastaram do sistema judiciário, mas, ao revés, o foram consolidando e aperfeiçoando, estando por último consagrado na regra segundo a qual "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (art. 153, § 4.º, da Const. de 67, com a Emenda n.º 1/69).

Insculpindo o mandamento no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais, o sistema pátrio tornou preeminente a segurança do indivíduo no sentido de, sentindo-se lesado pela Administração

(8) GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, Paris, 6ª ed., 1976, pág. 71.

(9) SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Lições de Direito Administrativo*, 1972, págs 121/152.

(10) VISCONDE DE URUGUAI, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, pág. 107, obra de 1862, republicada em 1960 pelo Departamento de Imprensa Nacional.

em seu direito, invocar a prestação jurisdicional junto ao Poder Judiciário. Como explica *Rafael Entrena Cuesta*, adotar-se tal sistema revela que são inferiores as prerrogativas da Administração, o que não ocorre no sistema francês (11).

### 3. O Contencioso Administrativo

Com a alteração da Constituição de 1967 pela Emenda n.º 1/69, decidiu o legislador constituinte referir-se, no art. 111, à possibilidade de ser criado contencioso administrativo para decidir questões litigiosas decorrentes das relações de trabalho entre a União Federal, autarquias e empresas públicas federais e seus respectivos servidores, qualquer que fosse a natureza do regime empregatício, as quais seriam da competência da Justiça Federal por força do art. 110.

Conquanto a expressão, de início, tivesse gerado controvérsia sobre o real propósito do constituinte, acabou por prevalecer o entendimento de que a expressão do art. 111 não significava a adoção, no ordenamento brasileiro, do sistema francês, principalmente porque entender-se de modo contrário era postura que se chocava com a regra do art. 153, § 4.º, como asseverava *Pontes de Miranda* (12).

Posteriormente, a Emenda n.º 7, de 13-04-77, nascida sob a inspiração de reformar-se o Poder Judiciário, aditou ao contexto constitucional os arts. 203, 204 e 205. No art. 203 o legislador constituinte previu a criação de contenciosos administrativos sem poder jurisdicional para questões fiscais, previdenciárias e de acidentes de trabalho. Ao mesmo tempo, acrescentou ao citado art. 111 a remissão do art. 153, § 4.º, fazendo-o também ao art. 203.

As remissões ao art. 153, § 4.º, da Constituição Federal, justapostas aos arts. 111 e 203 (os mesmos que aludiram aos contenciosos administrativos), vieram a ensejar a conclusão de que permanecia incólume o mandamento que consagra o sistema judiciário no Brasil.

Na verdade, toda a polêmica em torno da adoção ou não pelo Brasil do sistema do contencioso administrativo provém da duplicidade de sentidos que possui a expressão. Em sentido lato, contencioso administrativo é qualquer litígio em matéria administrativa. *Stricto sensu*, contudo, significa uma modalidade de sistema administrativo em que há duplicidade de esferas de prestação jurisdicional (13).

---

(11) RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, vol. 1, 7ª ed., 1981, pág. 64: "En el primer sentido, habida cuenta del punto de que se parte (sometimiento de la Administración al Derecho privado), son inferiores las prerrogativas de que dispone la Administración inglesa que aquellas que corresponden a la Administración en Francia y en general en los países del régimen administrativo".

(12) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, vol. III, 1970, pág. 551.

(13) SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *ob. cit.*, pág. 124.

A doutrina se pacificou a respeito da posição que considerou a expressão "contencioso administrativo" no texto constitucional como meramente indicativa de litígios sobre matéria administrativa em curso perante órgãos internos da Administração. Nesse sentido, *Ada Pellegrini Grinover* <sup>(14)</sup>, *José Chizotti* <sup>(15)</sup>, *Manoel Gonçalves Ferreira Filho* <sup>(16)</sup>, *José Cretella Junior* <sup>(17)</sup>, *Sergio de Andréa Ferreira* <sup>(18)</sup>, *Hely Lopes Meirelles* <sup>(19)</sup>, dentre outros.

Como voz uníssona, os autores têm entendido sempre resguardado o mandamento do art. 153, § 4.º, que autoriza o recurso à via judicial quando lesado o direito individual.

#### 4. A norma do Art. 153, § 4.º em confronto com o Sistema Judiciário de Controle

O sistema judicial, como visto, tem intrínseca correlação com o regime democrático. Por essa razão, *Enrique Sayagués Laso* deixou claro que "nos países com regimes democráticos estruturados sobre o princípio da separação de poderes, parece lógico que os litígios que suscitem a atividade das pessoas públicas devam processar-se e deslindar-se junto ao Poder Judiciário, conforme as regras gerais que regem a atividade jurisdicional do aludido Poder" <sup>(20)</sup>.

Portanto, desde que haja lesão a um direito individual, tem o prejudicado aptidão jurídica de invocar a prestação jurisdicional ao Estado na via judicial, seja qual for a pessoa responsável pela lesão de direito público ou privado.

O art. 153, § 4.º, da Const. Federal, recebeu alteração pela Emenda n.º 7/77. Acrescentou-se ao mandamento básico que "o ingresso em Juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido".

Ao examinar-se todo o texto do atual art. 153, § 4.º, duas normas ressaíram, uma de natureza genérica, que constitui o cerne do man-

(14) ADA PELLEGRINI GRINOVER, *O Contencioso Administrativo na Emenda 7/77*, in "Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo", nº 10, págs. 247/279.

(15) JOSÉ CHIZOTTI, *O Contencioso Administrativo nas Emendas Constitucionais*, in "Revista da Proc.-Geral do Estado de São Paulo", nº 11, págs. 295/326.

(16) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira*, 4ª ed., 1983, pág. 452.

(17) JOSÉ CRETELLA JUNIOR, *Manual de Direito Administrativo*, 1984, págs. 334/338.

(18) SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Direito Adm. Didático*, 1981, pág. 269.

(19) HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, pág. 36.

damento constitucional, a regra, enfim, que consubstancia a garantia individual de acesso ao Judiciário na medida em que surja lesão a direito do indivíduo. A outra representa um condicionamento a que se exerça aquele direito de acesso, mas exatamente por configurar-se como condicionamento não poderá infirmar o conteúdo da regra fundamental.

Não há dúvida de que esse condicionamento veio a criar uma aresta, antes inexistente, na regra que assegura o recurso ao Judiciário em caso de lesão a direito individual. Há, pois, necessidade de confrontar o dogma do controle judicial dos atos da Administração, em que assenta o sistema inglês ou da jurisdição una, com o condicionamento agora previsto no art. 153, § 4.º, da Const. Federal.

O exame a que nos propomos diz respeito exatamente aos limites desse condicionamento. Em outras palavras: até onde a exaustão da via administrativa pode representar obstáculo ao exercício do direito constitucional de recorrer no Judiciário através de ação.

##### 5. O problema da exaustão da via administrativa

Sempre causou uma certa controvérsia a questão do exaurimento da instância administrativa como exigência prévia para o direito de ação. Alguns diplomas legais continham essa exigência, como é o caso da antiga lei acidentária (Lei n.º 5.316, de 14-09-67) e do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos da União (Decreto-Lei 1.713, de 28-10-39). Cita-se, ainda, o art. 5.º, inc. I, da Lei 1.533, de 31-12-51, que disciplina o mandado de segurança.

Como bem explica *Ada Pellegrini Grinover*, “na vigência da Carta de 1937, a exigência não sofrera contradita; mas com a Constituição de 1946, argüiu-se a incompatibilidade da limitação, com vistas ao § 4.º, do art. 141” e muitos Tribunais passaram a considerar inaplicável a exigência (21).

A respeito, merecem transcrição as palavras de *Hely Lopes Meirelles* (22). “No que tange ao particular desvinculado da Administração, a dispensa constitui ponto pacífico na jurisprudência e na doutrina, mas quando se trata de servidor público, sujeito às imposições estatutárias, divergem os julgados e os doutrinadores”. E conclui o renomado publicista que não deve haver restrições quer para os servidores, quer para os administrados de modo geral, impondo-se apenas que não devem coexistir a ação judicial com recursos administrativos com efeito suspensivo.

(20) ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideu, 1974, 3ª ed., vol. 2, pág. 502.

(21) ADA PELLEGRINI GRINOVER, *ob. cit.*, págs. 260/261.

(22) HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, pág. 649.

## 6. O sentido de "Exaurir a Via Administrativa"

De um modo geral, apesar de toda a controvérsia lavrada a respeito da legitimidade da exigência de exaustão da via administrativa como condição de ingresso no Judiciário, não encontramos quem tivesse perquirido realmente o sentido do que seja "exaurir" a via administrativa.

Em *Caldas Aulete*, encontra-se, como sinônimo de exaurir, "esgotar, despejar até a última gota" (23). Para *Aurélio Buarque de Holanda*, indica "esgotar completamente; fazer secar; gastar, dissipar completamente" (24).

Exaurir a via administrativa significa esgotar os mecanismos existentes no âmbito da Administração de modo a ser impossível obter-se dela um pronunciamento que satisfaça a pretensão do interessado.

Tem-se verificado, todavia, que outro é o sentido que os autores têm emprestado à palavra "exaustão". Para esse fenômeno se tem encontrado o entendimento de que devem ser percorridas todas as instâncias administrativas hierárquicas.

Na verdade, são coisas diversas. Estar impossibilitado de ainda utilizar a via administrativa não indica necessariamente o percurso completo pelas instâncias hierárquicas da Administração. Se determinado órgão público contém, em sua estrutura, duas instâncias administrativas, tendo a mais elevada o poder de revisão sobre os atos da inferior, nada impede que depois do pronunciamento desta tenha o interessado exaurido a via administrativa, dependendo das circunstâncias exigidas para obter-se a manifestação da instância superior.

Quando se pretende obter um novo pronunciamento da Administração com o fim de conseguir a revisão de outro ato administrativo, utilizam-se os recursos administrativos, meios de controle interno da Administração. Há sempre, no caso, uma intenção de modificação de alguma vontade administrativa prévia. *Diez* aponta o recurso administrativo como "uma pretensão deduzida ante um órgão administrativo por quem está legitimado para ele com o fim de obter a revogação ou modificação de um ato administrativo" (25).

(23) CALDAS AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, vol. 2, 1958, pág. 2078.

(24) AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA, *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*, pág. 521.

(25) MANUEL MARÍA DIEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, tomo 2, 1981, pág. 496: "El recurso administrativo, de acuerdo con lo que surge de la noción conceptual que hemos dado, tiene por objeto la impugnación de un acto administrativo. Por medio del recurso se impugna un acto anterior, dando lugar a un nuevo procedimiento en sede administrativa."



Mesmo para aqueles autores que distinguem um processo administrativo que tem curso dentro da hierarquia administrativa, daquele outro tipo de procedimento no qual se verifique uma organização contenciosa, existindo aqui não propriamente hierarquia, mas sim gradação de poder<sup>(26)</sup>, não aparece a obrigatoriedade de o interessado usar tais recursos. Realça-se, isto sim, a faculdade de usá-los conforme sua conveniência ou credibilidade.

Os recursos administrativos são facultativos, e não obrigatórios. *Cretella Junior*, ao defini-los, sublinha serem eles “os meios de reação mediante os quais o cidadão prejudicado de modo particular, por ato administrativo afetado de ilegalidade, *pode* (e não *deve*) invocar o reexame da questão por parte de uma autoridade administrativa”<sup>(27)</sup>.

Parece-nos, pois, que quem empresta ao verbo “exaurir” o sentido de ter que necessariamente percorrer as instâncias internas da Administração, há de entender, *ipso facto*, que o recurso administrativo é intuito obrigatório, e não uma faculdade colocada à disposição do interessado.

De outro lado, considerando-se a *exaustão* da via administrativa como a impossibilidade de ser obtida revisão de ato anterior dentro da Administração, a consequência será a de ter-se o recurso administrativo como facultativo, de forma a que o interessado somente se socorrerá dele se o desejar.

## 7. O descabimento do Mandado de Segurança

Em regra, os autores têm exemplificado com o art. 5.º, I, da Lei 1.533/51, hipótese em que seria exigido o percurso prévio das instâncias administrativas. O dispositivo estabelece que não se dará mandado de segurança quando se tratar de ato que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo independente de caução.

A exegese do dispositivo legal não revela qualquer obrigatoriedade de percorrer-se previamente a instância administrativa. Embora não seja muito técnico o dispositivo, a inteligência da norma conduz à conclusão de que o legislador só não admitiu a impetração do *mandamus* quando certo ato pudesse ser impugnado por recurso com efeito suspensivo e o interessado, interpondo o remédio recursal, suspendesse realmente os efeitos do ato impugnado.

Embora se refira mais de uma vez ao esgotamento da via administrativa, *Celso Agrícola Barbi* parece prender-se à hipótese de *haver*, e não de ter sido interposto contra o ato recurso com efeito sus-

(26) SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Direito Administrativo Didático*, pág. 264. O autor sustenta que em certos processos, como o fiscal e previdenciário, há o influxo do fenômeno da *jurisdicionalização do processo administrativo* por toda a sua similitude com as instâncias jurisdicionais.

(27) JOSÉ CRETILLA JUNIOR, *Dicionário de Direito Administrativo*, 3ª ed., 1978, pág. 438.

pensivo. Diz o autor: "A conclusão que tiramos desse inciso da Lei n.º 1.533 é a inexistência de *interesse de agir*, quando haja recurso administrativo com efeito suspensivo e independente de caução" (28).

*Hely Lopes Meirelles*, porém, é quem precisa a *ratio legis*. Explica que a vedação da lei "não está obrigando o particular a exaurir a via administrativa para, após, utilizar-se da via judiciária. Está apenas condicionando a impetração à operatividade ou exeqüibilidade do ato a ser impugnado perante o Judiciário" (29).

Elucida com bastante clareza o autor que, se o recurso com efeito suspensivo for utilizado, deverá o recorrente aguardar o seu julgamento para impugnar-se o ato final junto ao Judiciário. Dessa forma, poder-se-á evitar que um ato, cujos efeitos estejam suspensos pela interposição do recurso, seja atacado no Judiciário sem que seja operante, ou seja, sem que tenha exeqüibilidade.

Por fim, esclarece que a regra é terem os recursos administrativos o efeito somente devolutivo, só havendo o suspensivo quando houver norma expressa a respeito. Se a lei, portanto, silenciar (o que vai indicar que o recurso tem efeito somente devolutivo), pode o mandado de segurança ser impetrado mesmo que o interessado tenha utilizado o recurso administrativo, e este não tenha tido julgamento no âmbito da Administração.

A conclusão, desse modo, é a de que o descabimento do mandado de segurança previsto no art. 5.º, I, da Lei 1.533, "*não decorre do só fato de caber recurso administrativo com efeito suspensivo contra o ato impugnado. Deriva, isto sim, de caber o recurso e a parte o ter utilizado para obter novo pronunciamento da Administração, substitutivo daquele que continha o ato anterior. No primeiro caso, ter-se-ia uma interpretação meramente literal; no segundo, tem-se uma interpretação lógica e sistemática.*

## 8. A análise do Art. 153, § 4.º, da Constituição Federal

Já foi visto anteriormente que é o art. 153, § 4.º, que consagra, no direito brasileiro, o sistema inglês ou de jurisdição una (*una lex, una jurisdictio*), e isto porque abre sempre a oportunidade de recorrer-se ao Judiciário para a correção dos atos lesivos de direitos. "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual", enuncia a regra fundamental do dispositivo, em repetição à orientação já adotada na Constituição de 1946 (art. 141, § 4.º) e na Carta de 1967 (art. 150, § 4.º).

A Emenda n.º 7/77 acrescentou: "O ingresso em Juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administra-

(28) CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Do Mandado de Segurança*, 3ª ed., 1980, pág. 90.

(29) HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 7ª ed., 1980, pág. 16.

tivas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.

Em primeiro lugar, a norma criou uma condição para o exercício do direito de ação. Ingressar em Juízo, como diz o texto, é exercer o legítimo direito de ação, resguardado no início do dispositivo. A condição para o exercício do direito de ação consiste em ter-se exaurido a via administrativa.

O texto, aliás, fala em “vias administrativas”, o que não é muito preciso. A via administrativa é uma só, como uma só é a via judicial. O que se diversifica são as instâncias, ou seja, os graus de pronunciamentos revisionais sujeitos a uma escala vertical. Diz-se então que a via judicial tem dois graus de jurisdição ordinária e um de extraordinária, e que a via administrativa tem dois ou mais graus de poder decisório revisional, a que se pode denominar de instâncias.

A condição imposta, assim, é a de que a parte tenha esgotado a via administrativa, isto é, a via pela qual se obtém revisão de atos dentro da própria Administração.

Estabeleceu, porém, o legislador constituinte condições para a existência dessa condição (*conditiones conditionis*). Só se poderá criar a condição da ação se não houver garantia de instância ou a decisão administrativa for proferida no prazo de 180 dias.

E em boa hora vieram tais pré-requisitos. A inocorrência de garantia de instância significa não poder exigir-se do interessado qualquer gravame, como depósito prévio de valor, fiança ou caução, etc., algo, enfim, que obste ou dificulte a interposição do recurso administrativo <sup>(30)</sup>.

Em segundo lugar, não pode a pendência ficar indefinidamente ao alvedrio da Administração. A norma fixou o prazo máximo em 180 dias para a decisão sobre o pedido, e, fazendo-o, teve por escopo impedir que o direito de ação ficasse exclusivamente subordinado à resolução da questão pelos órgãos administrativos.

Esses pré-requisitos para a condição estabelecida na norma não acarretam nenhuma problemática de vulto. O problema estará realmente na indagação sobre até onde a exaustão da via administrativa pode condicionar o legítimo exercício do direito de ação.

Uma premissa é inquestionável na doutrina. Nenhum condicionamento pode desnaturar o direito de ação. Ou nas palavras de *Ada Pellegrini Grinover*, o condicionamento “só pode ser considerado legítimo, na medida em que não impeça ou não limite desarrazoadamente o acesso do indivíduo ao Judiciário, para a defesa de seus direitos” <sup>(31)</sup>.

(30) J. M. OTHON SIDOU, *As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*, 1977, pág. 265.

(31) ADA PELLEGRINI GRINOVER, *ob. cit.*, pág. 261.

A condição — diz a Constituição — pode consistir em que se exauram previamente as vias administrativas. Repetimos aqui que exaustão não significa o percurso obrigatório das instâncias administrativas, e sim a impossibilidade de obter-se novo pronunciamento na esfera interna da Administração.

Se exaurir a via administrativa indicasse percorrer as instâncias hierárquicas da Administração, poderia resultar inteiramente esvaziada a regra básica de acesso ao Judiciário. Suponha-se que a lei preveja duas instâncias administrativas, admitindo que eventual recurso da primeira para a segunda tenha efeito suspensivo e tenha que ser interposto em determinado prazo. Suponha-se, ainda, que a lei exija a exaustão da via administrativa para o ajuizamento da respectiva ação. Se o ato da autoridade inferior lesa direito do interessado, e este perde o prazo para a interposição do recurso, ocorre a preclusão da oportunidade de fazê-lo intempestivamente. Sendo assim, a entender-se o exaurimento como percurso obrigatório, o interessado, que não mais pode dirigir-se à segunda instância por ter perdido o prazo de recurso, teria, como sanção, a *perda do próprio direito de ação*, o que iria contrariar frontalmente a norma fundamental do art. 153, § 4.º.

No entanto, a inteligência de que exaurir a via administrativa indica a impossibilidade de obtenção de novo pronunciamento na Administração concilia a regra básica com o seu condicionamento. Ao perder o prazo para o recurso, o interessado passou a ser obstado para conseguir a revisão do ato impugnado. Para ele, portanto, ficou exaurida a via administrativa. Dessa maneira está apto a exercer seu legítimo direito de ação.

Se o ato impugnado for suscetível de correção através de recurso administrativo com efeito suspensivo, e o interessado efetivamente o interpuser, vedado estará a ele o ajuizamento da ação corretiva no Judiciário, e isso porque ainda não esgotou a via administrativa, possível que é a manifestação da Administração sobre a questão versada no recurso interposto.

Na verdade, estará despido de interesse de agir, eis que o ato impugnado, ficando com seus efeitos suspensos, é inoperante e inapto para produzir lesões individuais, como ressalva *Hely Lopes Meirelles* <sup>(32)</sup>.

No exemplo dado, e no que tange ao esgotamento da via administrativa, há, pois, três situações a distinguir quanto a atos impugnáveis por recurso administrativo com efeito suspensivo.

Numa primeira, o interessado interpõe o recurso administrativo, suspendendo os efeitos do ato impugnado, caso em que deverá

(32) HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, pág. 17.

aguardar o desfecho da questão suscitada para ingressar no Judiciário, eis que não exaurida ainda a esfera administrativa.

Na segunda, está em curso o prazo do recurso com efeito suspensivo, adequado à impugnação do ato. Ainda aqui, se a lei exige o exaurimento, não pode o interessado recorrer ao Judiciário. Com efeito, a hipótese mostra que ainda não se pode asseverar ter-se esgotado a instância administrativa.

A terceira consiste na hipótese em que o interessado, a despeito de ter tido à sua disposição recurso com efeito suspensivo, deixa transcorrer *in albis* o prazo para a interposição. Neste caso, pode afirmar-se que o ato lesivo, que estava suspenso enquanto corria o prazo para recurso com efeito suspensivo, passa a ser operante e exeqüível, gerando a possibilidade de ser executado pela Administração de modo a ofender o direito individual do interessado. Por outro lado, tendo ocorrido a preclusão da oportunidade de utilização do recurso, como meio de obtenção de ato revisional, o interessado, a esta altura, terá esgotado sua atuação na esfera administrativa, de modo que lhe será lícito ingressar de imediato no Judiciário para apreciação do ato lesivo, certo que implementada a condição prévia de exaurir a via administrativa, como previsto na lei.

Nunca é demais relembrar que tal condição só terá validade de como meio de protelar o ingresso em Juízo se não for exigida do interessado qualquer garantia de instância, bem como se a pendência para a solução do litígio for solucionada no prazo de 180 dias. A interpretação a *contrario sensu* da norma leva à conclusão de que a não implementação desses pré-requisitos rende ensejo à possibilidade de imediato acesso do interessado ao Poder Judiciário, independentemente mesmo de ainda não haver solução a recurso por ele interposto.

Vejamos agora a hipótese em que o recurso adequado é impugnável por recurso *sem* efeito suspensivo. Para o mandado de segurança, é relevante a distinção, uma vez que o art. 5.º, I, da Lei 1.533, enuncia ser incabível a ação se do ato foi interposto recurso com efeito suspensivo. Daí se extrai que, se se trata de recurso sem efeito suspensivo, o *writ* pode ser impetrado imediatamente.

Difícilmente, porém, poderá vislumbrar-se a hipótese em que uma lei exija o exaurimento da via administrativa, e, ao mesmo tempo, preveja recursos administrativos sem efeito suspensivo. Isso seria desnaturar o princípio que norteia o sistema judiciário consagrado no direito brasileiro. De um lado, a exigência da exaustão da via administrativa; de outro, a possibilidade de ser o ato lesivo imediatamente executado pela Administração, vez que não fora suspenso pela interposição do recurso.

Entretanto, supondo-se, para argumentar, a existência de lei naquelas condições, melhor seria a interpretação de que a partir do

momento em que se tornasse exequível o ato lesivo já poderia o interessado exercer o direito de ação, desde que não interposto recurso administrativo, porque o ingresso em Juízo estaria a evidenciar que o interessado teria abdicado da via administrativa.

Em relação ao mandado de segurança, regido por legislação específica, e diante dos termos do art. 5.º, I, da Lei 1.533, seria viável que o interessado concomitantemente interpusesse o recurso administrativo sem efeito suspensivo e ajuizasse o *mandamus*. Milton Flaks, depois de ressaltar a oscilação que lavrou na jurisprudência e na doutrina, sustenta que, não havendo vedação legal, há de se permitir ao interessado a utilização de todas as vias ao seu alcance. E remata: "O mandado de segurança e o recurso hierárquico sem efeito suspensivo ou mediante caução podem ser requeridos simultânea ou sucessivamente" (33).

Há uma outra hipótese a considerar, que também não parece muito provável, mas que existe em tese. É o caso em que a lei exija a exaustão prévia da via administrativa e preveja os recursos para a impugnação do ato lesivo, mas não informe qual o efeito dos recursos.

Em primeiro lugar, é assente a doutrina em que "a regra geral é que o recurso administrativo não tem o efeito suspensivo, isto é, a decisão impugnada pode ser executada pela Administração Pública, ainda na pendência do recurso" (34). Por isso, se o legislador quiser dar ao recurso o efeito suspensivo deverá indicá-lo expressamente na norma (35)

No caso enfocado, é mister distinguir duas hipóteses diversas. Se a lei é silente sobre os efeitos do recurso (e, portanto, deverá considerar-se que tenha efeito somente devolutivo), é porque o ato é de logo operante e exequível. Ora, não se poderia admitir a exigência de dar consecução à via administrativa, diante da possibilidade de o ato lesivo ser imediatamente colocado em execução por dotado da característica da auto-executoriedade (36), e, assim, vir a invadir concretamente a esfera do direito do interessado. A não se permitir o recurso judicial, deixar-se-ia o interessado à mercê do ato administrativo lesivo de seu direito até que a Administração deslindasse definitivamente a questão controvertida, o que, como é óbvio, desfigura o direito individual de ver apreciado o litígio no Judiciário. A melhor solução nesta hipótese parece-nos idêntica à anteriormente mencionada, ou seja, o interessado poderia exercer o seu direito

(33) MILTON FLAKS, *Mandado de Segurança. Pressupostos da Impetração*, 1980, pag. 173.

(34) SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *ob. cit.*, pag. 264.

(35) HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, pag. 572.

(36) HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, págs. 119/120.

de ação no momento em que o ato lesivo se tornasse exequível pela Administração e se revestisse da potencialidade de violar seu direito. Esta é a única forma capaz de não elidir o direito de ingresso em Juízo.

A outra hipótese parte da premissa de que a lei, embora silente a respeito dos efeitos do recurso, expressamente preveja o percurso pelas instâncias administrativas *sem que possa a Administração executar o ato* até que surja a última manifestação administrativa. Ou, ainda, no caso em que a autoridade, mesmo no silêncio da lei, "*receba expressamente o recurso com efeito suspensivo* para evitar possíveis lesões ao direito do recorrente", hipótese lembrada e viabilizada por *Hely Lopes Meirelles* (37).

Nesse caso, poder-se-ia exigir do interessado o percurso de todas as instâncias administrativas antes do ingresso em Juízo, porque somente após todo o percurso é que teria como satisfeita a condição de ter exaurido a via administrativa. Ademais, nesse ínterim, nenhuma lesão poderia sofrer o direito do interessado, já que o ato estaria com seus efeitos suspensos por força de lei ou em razão do ato que recebeu o recurso interposto, conferindo-lhe o efeito suspensivo.

O estudo das hipóteses que ora acabamos de contemplar pretende demonstrar que o legislador constituinte em nenhum momento tencionou elidir o direito de acesso ao Judiciário. Limitou-se a estabelecer um condicionamento para o ingresso em Juízo, consistente no exaurimento da via administrativa. Todavia, jamais se poderia interpretar o sentido de exaustão da via administrativa de molde a desfigurar o direito de ingressar em Juízo. E isso é o que ocorreria se se entendesse a exaustão como percurso obrigatório de *todas* as instâncias da esfera da Administração.

Para conciliar-se as duas normas contidas no § 4.º do art. 153 é necessário que se entenda o condicionamento do ingresso em Juízo como sendo a impossibilidade de obter-se o pronunciamento dos órgãos administrativos a respeito do direito lesado, tenha o interessado percorrido uma, duas ou mais instâncias. Releva, isto sim, que se obste ao interessado alcançar a revisão do ato lesivo. A partir desse momento, poderá valer-se do legítimo direito de ação, como o assegura a norma básica daquele dispositivo constitucional.

## 9. Conclusão

O presente trabalho teve o modesto escopo de trazer à discussão tema dos mais relevantes em matéria de âmbito constitucional e administrativo, sobretudo porque novel em nosso direito, inaugurado que foi em 1977 através da Emenda Constitucional n.º 7.

(37) HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, pág. 572.

Enquanto perdurava o clássico dogma do sistema judiciário, sem qualquer condição, o problema tinha menor dimensão. Do momento em que a condição se transformou em norma positiva, passaram a surgir dúvidas a respeito da interpretação do dispositivo.

Não encontramos bibliografia muito farta na qual se aprofundasse a análise do art. 153, § 4.º, e isso se explica, como já se disse, pelo fato de ser relativamente recente a discussão.

Moveu-nos sempre a preocupação de resguardar a garantia assegurada aos indivíduos, de verem apreciadas no Judiciário as lesões aos direitos individuais. Com o acréscimo da condição de ingresso em Juízo, introduzida na norma, é necessário que se confronte esse controle jurisdicional com o fenômeno que foi erigido em condição — a exaustão da via administrativa.

Como a Constituição não definiu o exato sentimento de “exaustão da via administrativa”, parece-nos que a melhor inteligência da expressão é a que indica a impossibilidade de obter-se manifestação administrativa sobre atividade lesiva a direito individual, e não a que impõe o trâmite de instância à instância da Administração.

Só assim — entendemos — poder-se-á salvaguardar o princípio que se vem consolidando há muitas décadas, chegando a cristalizar-se em norma constitucional: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 153, § 4.º, da Const. Federal).