INGRESSO EM JUÍZO E PRÉVIA POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA: RELEITURA CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE ASSEGURAR UMA RÁPIDA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS[1]

Jonas Patrezzy Camargos PEREIRA[2]

RESUMO: Texto cuja proposta é abordar a necessidade de exigência de prévio requerimento administrativo para ingresso com ação judicial sem que, todavia, configure ofensa ao direito de ação. O estudo inicia com abordagem aos princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e da razoável duração do processo. Após, compara a divergência jurisprudencial entre os *habeas data* e os demais casos submetidos à apreciação judicial. No desenvolvimento, o texto relê o princípio da inafastabilidade da jurisdição de modo a assegurar a rápida solução de litígios e aponta como fundamento indicado para permitir essa mutação constitucional o fortalecimento do Poder Judiciário enquanto instituição republicana. Ao fim, defende as situações específicas em que se deve passar previamente pela via administrativa antes do ingresso em juízo e traz as justificativas sobre a finalidade dessa medida; também pontua os requisitos objetivos e subjetivos autorizadores dessa condicionante.

Palavras-chave: inafastabilidade do controle jurisdicional; direito de agir; prévio requerimento administrativo; mutação constitucional.

---

[1] *Originariamente escrito sob a forma de projeto de pesquisa quando da realização de pós-graduação lato sensu em Direito Público, com adaptações.*

[2] *Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Especialista em Direito & Processo do Trabalho e em Direito Público, ambos pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Servidor do Instituto Nacional do Seguro Social, onde exerce função de Gerente de Agência da Previdência Social e trabalha em grupos de trabalho antifraude. Atuou como advogado no período de dezembro de 2008 a janeiro de 2012, quando solicitou o licenciamento em razão do exercício de atividades incompatíveis com o exercício da advocacia.*

ABSTRACT: *Text which purpose is to broach the needing to condition the prior administrative application before intent a lawsuit without, however, offends the right of action. The study begins with approaches to the constitutionals principles of non-obviation of the jurisdiction and reasonableness of the length of proceedings. After, it compares the jurisprudential divergence between habeas data and other cases submitted to judicial appreciation. In the development, the text does a reinterpretation of the non-obviation of the jurisdiction control to ensure the prompt settlement of disputes and indicates as fundament to allow this mutation lies in the strengthening of the judiciary system as a republican institution. At the end, defends specific situations in which they must pass first through the administrative way before bring an action; it also provides the justification of the purpose of this measure and points the objectives and subjective requisites that allow this conditioning.*

Keywords: *non-obviation of the jurisdiction; right of action; prior administrative application; constitutional mutation.*

1. PODER PÚBLICO LITIGANTE E LENTIDÃO NO JUDICIÁRIO

Desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 se viu aumentar cada vez mais o número de demandas judiciais por conta da garantia do direito de ação. A cada relatório estatístico divulgado pelos órgãos do Poder Judiciário ou institutos de pesquisas autônomos, os meios de comunicação publicam incontáveis artigos que, em resumo, tecem várias críticas sobre o excesso de utilização da infraestrutura jurisdicional pelo Poder Público, que sempre figura entre os maiores litigantes.

Com esse inacreditável volume, não há juízo que tenha infraestrutura para dar vazão a tantos processos. A consequência desse desarranjo é inevitável: lentidão excessiva para julgar os feitos submetidos à apreciação judicial e, consequentemente, reflexos negativos na atuação do Poder Judiciário.

Parte dessa grande demanda é causada porque o ingresso em juízo sem prévia tentativa de resolução de conflitos é permitido. A própria Constituição não cria condição alguma para isso. O problema é que tal conduta gera prejuízo direto a outra garantia constitucional: a razoável duração do processo.

Essa "cultura" de litígio parte de uma descrença total na Administração Pública, daí pretensão de ingresso diretamente em juízo a despeito da utilização de outros meios à disposição dos administrados.

Todavia, o acesso amplo à justiça deve ser repensado para possibilitar a efetiva e razoável duração do processo, duas garantias que devem se complementar, principalmente no que se refere às relações entre

particulares e Poder Público, pois estas, de longe, ocupam a maior parte da infraestrutura judiciária.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS AO DIREITO DE AÇÃO

2.1 INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E ACESSO À JUSTIÇA

A expressão "acesso à Justiça" foi consagrada a partir de estudo de Mauro Cappelletti e Bryant Garth em obra homônima. Não obstante o alcance da expressão ser bastante amplo e também abordar a justiça segundo conceito de filosofia do Direito, para os fins deste trabalho tal expressão deve ser analisada em termos pragmáticos, de modo que se resume ao acesso ao Judiciário em si: consubstancia-se, portanto, o direito de ação. Inclusive, para Canotilho, esse acesso "significa, fundamentalmente, direito à protecção jurídica através dos tribunais[3]".

Na redemocratização trazida pela Constituinte de 1987-1988, o texto constitucional atualmente em vigor retornou ao *status* das Constituições de 1946 e 1967 (na redação original) e voltou a garantir que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (artigo 5º, inciso XXXV).

Essa garantia permite ao particular que pretenda discutir com a Administração Pública o ingresso direto em juízo sem, previamente, submeter seu pleito à própria Administração para o analisar. Não há que se falar, portanto, em instância administrativa de curso forçado ou exaurimento da via administrativa[4].

2.2 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A razoável duração do processo foi alçada a direito fundamental somente a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o inciso LXXVIII ao artigo 5º, o qual reza que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"[5].

Embora a Constituição tenha sido alterada tardiamente, a doutrina já pronunciava que processo lento é o mesmo que inefetivo, pois não se presta à pacificação social. Isso porque dentre as diversas manifestações do princípio do devido processo legal (aí incluído contraditório, ampla defesa, publicidade, motivação das decisões, acesso à justiça), somente haverá uma completude

---

[3] *CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional, p. 460. Na doutrina brasileira, André Ramos Tavares também refere a essa garantia como direito de acesso ao Judiciário (e não à justiça). Cf. TAVARES, A. R. Curso de direito constitucional, p. 724.*

[4] *As duas exceções existentes estão previstas textualmente na própria Constituição: dissídio coletivo de natureza econômica (art. 114, § 2º, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004) e assuntos referentes à disciplina e competições desportivas, os quais devem ser previamente analisados pela justiça desportiva (art. 217, § 1º).*

[5] *Fora do texto constitucional, v. art. 93, § 3º, e art. 791, do CPP; bem como art. 46, parágrafo único, e art. 125, inciso III, estes do CPC.*

quando houver prestação jurisdicional célere. Neste sentido, Canotilho leciona que dentre as várias faces do direito de acesso à justiça, inclui-se o direito a processos céleres e prioritários[6].

Ademais, em 1992 o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, alcunhada de Pacto de San José da Costa Rica, em cujo artigo 8º, parágrafo 1, assegura que "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente". A ratificação brasileira permitiu que o princípio fosse aplicado internamente – alçado ao estado de garantia fundamental – mesmo antes de se alterar a Constituição.

O que resta saber é qual o alcance da expressão "razoável duração do processo". O constituinte derivado optou por utilizar um conceito extremamente aberto, que permite interpretações diversas. Embora expressões dessa natureza levem ao ônus da subjetividade, realmente não teria como se criar um conceito fechado, passível de estrita regulamentação por lei, haja vista os aspectos peculiares de cada caso submetido a juízo.

Por conta desse subjetivismo, importante destacar os critérios utilizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos para aferir se foi extrapolada, ou não, a razoável duração do processo:

> The Court reiterates that the reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the circumstances of the case and with reference to the following criteria: the complexity of the case, the conduct of the applicant and the relevant authorities […]. On the latter point, what is at stake for the applicant in the litigation has to be taken into account […][7].

A garantia à razoável solução do litígio deve, assim, ser considerada casuisticamente e ponderar os fatores específicos de cada situação. Embora esse ônus é atribuído ao Judiciário, as partes também devem velar por essa razoabilidade.

3. O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO COMO CONDICIONANTE PARA O INGRESSO EM JUÍZO

3.1 O ENTENDIMENTO CONSOLIDADO ATUALMENTE

Unanimemente, doutrina e jurisprudência atuais são firmes em pregar que não se pode condicionar o ingresso em juízo à passagem prévia pela via

[6] *CANOTILHO, op. cit., p. 472.*

[7] *CEDH. Application nº 18273/04. Case of Barry vs. Ireland.*

administrativa, sob pena de inconstitucionalidade[8]. Essa liberdade é tradição no direito brasileiro desde 1946 e somente foi usurpada entre 1977 e 1988, em pleno regime ditatorial, porém, mesmo assim, continuou sem possuir aplicação prática face à inexistência de lei regulamentadora[9].

Nos âmbito dos tribunais, o STF entende que "não há no texto constitucional norma que institua a necessidade de prévia negativa de pedido de concessão de benefício previdenciário no âmbito administrativo como condicionante ao pedido de provimento judicial[10]".

O STJ segue a mesma linha[11]. Aliás, tal posicionamento se mostra tão assente que desde a Década de 1980 existem súmulas em diferentes tribunais a esse respeito[12]. Em 3 de julho de 1986, o antigo TRF editou a primeira súmula específica sobre o assunto, a qual dispunha que "o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza acidentária" (Súmula nº 213).

Em sua dissertação de mestrado, José Antônio Pancotti criticou duramente a exigência de requerimento administrativo prévio para se ingressar em juízo. Para o ilustre desembargador, essa exigência somente "caiu na simpatia de parte da doutrina que vislumbrou por meio destas medidas mecanismo de desafogamento dos tribunais[13]".

Nítido, portanto, que doutrina e jurisprudência caminham no mesmo sentido: o acesso ao Judiciário é amplo e irrestrito. Entendimento em contrário seria usurpar garantia do cidadão prevista constitucionalmente.

3.2 CONDIÇÕES DA AÇÃO: ANÁLISE PROCESSUAL

Embora a finalidade deste trabalho seja a discussão de princípios constitucionais, há que se mencionar reflexamente – ainda que para fins didáticos – o aspecto processual que envolve a matéria.

O interesse de agir fica configurado quando estiver presente o binônimo necessidade-adequação: é preciso saber se somente através da providência solicitada a parte poderá satisfazer sua pretensão; deve-se analisar, ainda, se a medida judicial é realmente a apropriada para atingir o objetivo pretendido[14].

---

[8] Cf. PANCOTTI, José Antônio. Princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, p. 88; TAVARES, A. R. Op. cit., p. 724.

[9] Cf. acórdão do STF proferido na vigência da EC 7/77, a respeito da inaplicabilidade do contencioso administrativo por falta de lei regulamentadora: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o art. 205 da Constituição Federal, na redação dada pela EC nº 7/77, não é auto-aplicável, dependente ainda de lei que estabeleça a autoridade administrativa competente para julgar os litígios e o procedimento". STF, RE 93246, j. 31 out. 1980.

[10] STF, RE 548676 AgR. Relator: Ministro Eros Grau, j. 6 jul. 2008.

[11] Ver, por todos: STJ, AgRg no AREsp 14602. Relator: Ministro Og Fernandes, j. 18 ago. 2011.

[12] Cf., ainda, Súmula nº 89/STJ e Súmula nº 9/TRF da 3ª Região. Anteriores a essas, referentes à relação entre processo administrativo e mandado de segurança, cf. Súmulas nº 429 e 430, ambas do STF.

[13] PANCOTTI, op. cit., p. 88.

[14] THEODORO JÚNIOR, H. Curso de processo civil, v. 1, p. 52.

Assim, se não houver lesão a direito por parte do Poder Público, falta o interesse processual indispensável a autorizar o ingresso em juízo. Sob essa ótica, a providência jurisdicional é desnecessária, pois não houve lide.

Em termos eminentemente processuais, a ausência de dano (ou ameaça de dano) deságua em carência de ação por falta de interesse de agir.

3.3 O *HABEAS DATA* VISTO COMO EXCEÇÃO PELOS TRIBUNAIS

Da mesma forma que a jurisprudência é pacífica em autorizar o ingresso de ações judiciaissem passagem pela via administrativa nas ações em geral, no caso de *habeas data*, contudo, o entendimento continua unânime, mas em sentido totalmente contrário: tanto o STJ quanto o Supremo são uniformes em decidir que somente se concede ordem de *habeas data* se houver negativa do Poder Público em fornecer as informações solicitadas pelo cidadão.

Já no julgamento dos primeiros *habeas data* submetidos ao STJ, o Tribunal, sem maiores delongas, optou por sumular a questão: "não cabe *habeas data* (CF, art. 5º, LXXII, letra a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa" (Súmula nº 2, de 8 de maio de 1990). No Supremo o entendimento é idêntico desde a mesma época[15].

[15] *STF, RHD nº 22. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello, j. 19 set. 1991, com voto vencido proferido pelo Ministro Marco Aurélio, que entendeu ser possível a impetração de habeas data sem prévio indeferimento administrativo.*

Quadro 1: como decide o STF em questões de idêntico fundo de direito

STF	Situações em geral	*Habeas data*
Leading case	AI nº 501805 AgR	RHD nº 22
Passagem anterior pela via administrativa	Não é necessário	Sim, obrigatoriamente
Fundamento do acórdão	Constitucional (art. 5º, inciso XXXV)	Processual (CPC, art. 267, VI)

Quadro 2: como decide o STJ em questões de idêntico fundo de direito

STJ	Situações em geral	*Habeas data*
Leading case	REsp nº 21407	HD nº 2
Passagem anterior pela via administrativa	Não é necessário	Sim, obrigatoriamente
Fundamento do acórdão	Constitucional (art. 5º, inciso XXXV)	Processual (CPC, art. 267, VI)

Nos quadros a seguir se comparam os diferentes posicionamentos dos tribunais ao julgarem causas distintas, porém, com o mesmo fundo de direito[16]:

Ambas as situações se resumem em saber se pode, ou não, ingressar em juízo diretamente sem manifestação prévia da Administração. Em ambos os tribunais o posicionamento é idêntico, mas a razão para atribuir tratamento distinto a circunstâncias juridicamente iguais mostra ser uma opção mais política que jurídica.

Esse posicionamento já se mostra consolidado desde a vigência da Constituição anterior, no entanto, com o aumento crescente de demandas judiciais em face de órgãos públicos sem, todavia, prévia manifestação do Poder Executivo, o próprio Judiciário começa a rediscutir a jurisprudência. Ainda em fase embrionária, é verdade, mas evidencia a intenção de fazer nova leitura sobre a matéria, tanto que houve reconhecimento de repercussão geral em recurso extraordinário cujo objeto é exatamente analisar se é necessário efetuar requerimento administrativo prévio antes do ajuizamento de demanda judicial (RE 631240 RG/MG, relator: Ministro Joaquim Barbosa).

4. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: RÁPIDAS CONSIDERAÇÕES

No sistema jurídico romano-germânico as modificações na constituição são realizadas de forma diferenciada do modo pelo qual se alteram as leis ordinárias; quando necessário, o poder constituinte reformador o faz por meio de emendas ou revisões.

Todavia, a sociedade é dinâmica. Miguel Reale já lecionava que toda norma sofre um processo de variação semântica até que seja necessária sua revogação. A propósito, a norma jurídica nasce da conjunção de fato e valor. Se o mundo fático alterar, altera-se também o valor a que a sociedade imprime em determinado bem jurídico, o que, necessariamente, reflete no comando normativo[17].

Formalmente, a Constituição apenas pode ser modificada por meio de processo legislativo próprio, todavia, a leitura constitucional está sujeita a alterações *ipso facto* sem que haja qualquer modificação *ex jure*. Ora, se o fato ou o valor social se altera, a hermenêutica constitucional também se alterará.

Arremata Uadi Lammêgo Bulos com conceito singelo, porém, de bastante propriedade: "ao fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas, denominaram mutação constitucional[18]", e destaca as variadas denominações encontradas na doutrina: vicissitude constitucional tácita, transições constitucionais, processos de fato mudança material, dentre outras[19] .

---

[16] *Adotados como leading case os acórdãos mais antigos julgados na vigência da atual Constituição.*

[17] *REALE, M. Teoria tridimensional do direito, p. 101.*

[18] *BULOS, U. L., Mutação constitucional, p. 54.*

[19] *BULOS, op. cit., p. 57-58.*

Importante ressaltar que somente se admite mutação *praeter legem*: não se fala em mutação quando o processo interpretativo levar a um posicionamento *contra legem* ou manifestamente inconstitucional[20].

5. RELEITURA CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE ASSEGURAR A RÁPIDA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. O PODER JUDICIÁRIO FORTALECIDO COMO INSTITUIÇÃO REPUBLICANA

A História brasileira recorda com certa amargura dos tempos da ditadura militar, época em que a Junta Militar dissolveu o Congresso e passou a governar por meio da coerção de Atos Institucionais que, não raras vezes, possuíam mais força que decisões judiciais.

A magistratura daquele tempo estava em descrédito, pois o Ato Institucional nº 5 suspendeu as garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e independência dos juízes, sem mencionar que permitia ao Presidente da República, *sponte sua*, mediante decreto, aposentar, remover ou demitir qualquer autoridade pública (art. 6º). Nesse contexto foram aposentados compulsoriamente três ministros do STF apontados como subversivos: Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva. Em ato de protesto, saíram os ministros Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrada.

A ingerência militar no Poder Judiciário era tamanha que sequer se podia impetrar *habeas corpus* contra atos de privação de liberdade oriundos do "governo revolucionário" (art. 10 do Ato Institucional nº 5). Acrescente-se, por derradeiro, que os atos de governo emanados pelos militares não eram passíveis de apreciação judicial (art. 11).

Na redemocratização iniciada em 1985, que culminou na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, tudo o que se pretendia era fortalecer as instituições democráticas. O temor do retrocesso fez com que o legislador constituinte optasse por inserir na Carta Política vários mecanismos que evitassem o retorno aos anos de chumbo.

Mais que isso: as garantias elegidas como mais importantes foram blindadas sob a roupagem de cláusula pétrea, como quem adverte sobre a impossibilidade de se retornar ao pior (princípio da proibição do retrocesso social).

Em matéria de tutela jurisdicional, a nova ordem jurídica teve duas preocupações: ao mesmo tempo em que reservou especial atenção à judicatura e o seu consequente fortalecimento enquanto instituição democrática, também foi necessário assegurar aos cidadãos os meios para que pudessem buscar a resolução de controvérsias junto ao Judiciário.

[20] *FERRAZ, A. C. da C. Processos informais de mudança da constituição, p. 243-249.*

Aos juízes, então, foram novamente devolvidas as garantias de inamovibilidade, vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e liberdade para julgarem segundo o princípio do livre convencimento motivado. O Judiciário foi fortalecido e considerado como instituição indispensável ao progresso da sociedade.

O outro ponto foi assegurar meios para que o cidadão pudesse buscar a magistratura para resolução de conflitos. Era importante, na fase de redemocratização, que o cidadão voltasse a acreditar no Judiciário. Vieram, então, a garantia ao devido processo legal, o respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, a proibição de provas ilícitas, a assistência judiciária gratuita, a garantia de ampla defesa, contraditório e, ainda, o direito de acesso à justiça com a certeza de que nada podia criar embaraços na busca pela tutela jurisdicional.

Para se ter ideia da preocupação do constituinte em assegurar o direito fundamental de acesso ao Judiciário e as próprias garantias da magistratura, o anteprojeto da Constituição garantia o acesso às vias judiciais somente em caso de efetiva lesão a direito, ou seja: somente quando já se constatasse o dano *in concreto*. Durante os debates nas comissões, entrementes, a garantia foi substancialmente estendida e se incluiu a ameaça de lesão como permissiva de manejo da ação judicial correspondente[21].

Saía-se, portanto, de uma ditadura na qual nem o cidadão podia buscar o Judiciário em sua totalidade, nem este podia julgar livremente. Evoluiu-se para uma sociedade cuja magistratura é livre e cujos cidadãos batem às portas do tribunal sem entraves.

Entretanto, decorridos mais de 20 anos da promulgação do texto constitucional, as garantias se mantiveram iguais. A sociedade, porém, está em transformação contínua e a cada dia revê seus valores.

Se houve lesão ou ameaça de lesão a direito, surge um direito público subjetivo em ingressar com a ação judicial pertinente. Lei alguma, portanto, pode criar embargo aos jurisdicionados, condicionando o ingresso em juízo a fatores alheios ao dano ou ameaça de dano.

Isso era mais que justificável no final da década de 1980 e início dos anos 1990, quando pairava o temor de retorno à ditadura. Compreensível, portanto, que o cidadão pudesse ingressar diretamente em juízo para discutir seus direitos, sem submeter sua pretensão à prévia análise administrativa.

Atualmente, entretanto, deve se repensar o modo em que a garantia ao acesso à justiça é usufruída. Não se cogita em reanalisar o direito fundamental de ação – este é intocável. O que se deve é rever o modo pelo qual esse direito é exercido.

[21] *Anteprojeto Constitucional, artigo 15: "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito".*

Qualquer interpretação apressada do comando constitucional leva a crer que o direito de ação é pleno e irrestrito, porém, o exercício de todo direito está submetido a limites, e não é diferente com direito de agir.

Assim, diante da possibilidade de entrar em litígio com o Poder Público, deve-se inquirir previamente: há outros meios de solução da controvérsia? Se houver, não há justificativa que sustente o ingresso diretamente em juízo.

No atual estado de evolução da sociedade brasileira, não há dúvidas de que a garantia da inafastabilidade da jurisdição está plenamente consagrada; tampouco se duvida de que o Judiciário tenha se consolidado como pilar essencial para evolução do Estado democrático de direto.

A preocupação agora é garantir a celeridade e efetividade processuais, que também estão consagradas constitucionalmente: o excesso de ações para discutir casos que poderiam ter sido solucionados de outra maneira implica diretamente na morosidade e ineficiência do Judiciário, além de prejudicar aqueles que realmente necessitam da tutela jurisdicional.

O que se pretende destacar é que a hermenêutica constitucional pode, sim, ser alterada: depende apenas do valor a que a sociedade imprime a determinado fato. E isso acontece por meio de mutação constitucional.

Pode-se, então, afirmar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição sofreu uma mutação constitucional? Nessa esteira, sim. Outrora, a garantia do direito irrestrito de ação foi útil para que a sociedade redemocratizada fizesse valer seus novos direitos; também foi igualmente útil para o Judiciário, que almejava ser fortalecido como poder indispensável ao exercício da cidadania.

Hoje, entretanto, o valor social é outro: mais importante que abrir as portas do Judiciário é garantir efetividade e rapidez às decisões judiciais. A sociedade não clama pelo direito de agir, e sim pela rápida e eficiente solução de litígios. Do contrário, garantir-se-ia a porta de entrada sem fornecer ao cidadão a possibilidade e pelo menos enxergar a porta de saída.

Se a questão puder ser resolvida fora do Judiciário, tais meios devem, sim, ser buscados. O direito de ação, portanto, continua garantido, mas seu o exercício deve se pautar por outros valores. Não há necessidade, para isso, de alteração alguma no dispositivo constitucional: basta reinterpretá-lo conforme a nova realidade. O espírito da Constituição é outro, mesmo sem lhe alterar uma letra.

5.1 SITUAÇÕES EM QUE SE PODE CONDICIONAR O INGRESSO EM JUÍZO AO PRÉVIO REQUERIMENTO administrativo

5.2.1 Finalidade

Com a plena garantia de acesso ao Judiciário, todo cidadão pode

ingressar em juízo livremente, pelos mais diversos motivos que se possa imaginar. Porém, em muitos casos se constata a possibilidade de solução por meios alternativos: a Administração Pública poderia ter reconhecido direitos ou, em matéria de contratos administrativos, negociado de par a par com o cidadão (procedimento típico em contratos de gestão) para encontrar uma solução equânime às partes.

Ingressar em juízo sem a manifestação do órgão executivo equivale a esvaziar o múnus que a própria Constituição atribuiu ao Executivo, cuja função é exatamente essa. É preciso que exista justo motivo para o ajuizamento de demandas em face do Poder Público, seja no caso em que a Administração indeferiu algum requerimento, seja nas situações em que demorou apreciá-lo. O que não se pode é demandar por demandar.

Ressalte-se que o direito constitucional de agir tutela a lesão ou a ameaça de lesão, ou seja, o dano concretamente considerado; seja um dano que já ocorreu ou que certamente acontecerá[22].

Contudo, não há guarida constitucional que ampare a manifestação do Judiciário quando o cidadão supõe que haverá lesão. O achismo, aqui, não tem lugar. Vale dizer: não há ofensa ao direito de agir quando o cidadão apenas imagina que seu direito será lesado.

Importante pontuar as reiteradas manifestações jurisprudenciais sobre a desnecessidade do prévio exaurimento da instância administrativa como condição para o exercício do direito de ação. Quando o tribunal prega não necessitar o exaurimento não retira a necessidade de haver, pelo menos, o prévio requerimento ou negociação administrativa.

Os processos administrativos federais, a título de exemplo, comportam pedido de reconsideração e duas instâncias recursais. Em algumas situações ainda é passível a interposição de recurso hierárquico ao Ministro de Estado. Todavia, não se cogita que o cidadão ingresse em juízo somente após percorrer todo esse caminho. A primeira negativa, demora ou insucesso de negociação já é motivo para subsidiar ajuizamento de ação judicial.

O que se espera com a passagem prévia pela via administrativa é o fortalecimento tanto do Executivo quanto do Judiciário. Aquele, pois será instigado a melhorar cada vez mais a qualidade do serviço público; este, pela redução exponencial do número de feitos, de modo que poderá depreender

[22] *A título de exemplo: mandado de segurança em matéria tributária. O contribuinte entende que a cobrança de determinado tributo é inconstitucional e se vê na iminência de praticar o fato gerador. Essa situação autoriza que o cidadão se antecipe e impetre mandado de segurança preventivamente. Aqui se visualiza nítida situação de acesso ao Judiciário para tutelar a ameaça de lesão a direito: embora ainda não praticou o fato gerador, o contribuinte tem ciência de que quando o praticar a Administração Fazendária promoverá o lançamento, pois se trata de ato vinculado e de ofício: não é faculdade do fisco promover o lançamento, e sim obrigação.*

esforços para julgar as demais causas mais rapidamente e prestar tutela jurisdicional com eficiência.

5.2.2 Requisito objetivo: inexistência de prejuízo ao cidadão

A proposta de condicionar o ingresso em juízo à inexistência de outras modalidades de solução de controvérsias depende de um fator primordial: inexistência de prejuízo ao cidadão.

Quando se condiciona o prévio requerimento administrativo à propositura de ação judicial, parte-se do princípio de que essa via será utilizada em favor do administrado e lhe trará benefícios. Caso se perceba que o *iter* administrativo tem mais entraves que o processo judicial, não há porque insistir em percorrer caminho mais gravoso.

Ao falar em prejuízo, este deve ser entendido em sentido amplo. O conceito abrange o prejuízo de natureza econômica, de tempo e a praticidade processual. Deve se fazer comparativo entre o caminho judicial e o administrativo e, por questão lógica, escolher o mais simples: apura-se, por exemplo, qual é o procedimento mais rápido, menos burocrático ou mais viável economicamente.

Em matéria tributária, por exemplo, são recomendáveis processos de restituição ou compensação junto à Receita Federal do Brasil somente quando versar sobre matéria de fato (por exemplo: contribuinte que recolhe o mesmo tributo duas vezes, por engano). Para a discussão em tese sobre a exigibilidade de tributos, entretanto, o melhor caminho é o judicial, uma vez que o simples indeferimento do pedido implica multa de 50% do valor do cuja restituição se pleiteou[23]. Ora, não é razoável atribuir ao cidadão o ônus de ser multado pelo fato de eventualmente não ter obtido sucesso no seu pleito. Nesse caso, ingressa-se diretamente em juízo sem correr tal risco.

Esse requisito, portanto, deve ser analisado objetivamente. Se não houver prejuízo, escolhe-se a via administrativa. Caso contrário, a Constituição traz a garantia de acesso ao Judiciário exatamente para possibilitar a busca por uma manifestação jurisdicional substitutiva da vontade das partes.

5.3.2 O aspecto subjetivo: leitura cum grano salis

Além do requisito objetivo, a condicionante que ora se propõe também tem seu aspecto subjetivo. Não há uma regra exata que determine as situações que devem ser submetidas à apreciação prévia pela autoridade executiva. Sempre haverá uma liberdade de escolha entre o caminho judicial e o administrativo.

O problema é que a subjetividade pode acabar em arbitrariedade caso não haja cautela, daí a necessidade de moderação. A virtude, como apregoa brocardo latino, está no meio: *in medio virtus*.

[23] *Instrução Normativa RFB nº 900/2008, art. 29-A, inserido pela Instrução Normativa RFB nº 1067/2010.*

Inicialmente, a temperança deve partir do representante jurídico da parte. O advogado, nesse aspecto, deve agir estritamente dentro dos preceitos deontológicos previstos no Código de Ética da Advocacia e informar ao cliente, transparentemente, qual a maneira mais rápida, eficaz e menos litigiosa para a solução da controvérsia. A exposição dos prós e contras das postulações judicial e administrativa deve ser límpida para que o cliente tenha condições de decidir, sem constrangimento, qual caminho seguir.

O interesse do cidadão – e não o do advogado – deve ser colocado em primeiro lugar. Essa consideração se faz necessária porque não raras vezes a opção pela via judicial é melhor unicamente ao patrono, que se vale da demora na prestação da tutela jurisdicional para receber honorários mais vantajosos.

O Judiciário também deve filtrar as ações que lhe são submetidas. Não significa barrar indistintamente todas as ações para as quais não houve recusa ou protelação do Executivo, e sim realizar um controle de qualidade de forma equitativa, mediante análise casuística. Isso não implica afastar a garantia do direito de ação. Ao revés: reforça a função jurisdicional na medida em que se dedica a julgar causas de relevante valor social.

Para isso os tribunais devem investir na formação humanística dos magistrados, de modo que a educação filosófica e psicossocial ocorra de forma continuada e com vistas à aplicação pragmática. Diferentemente do juiz eminentemente processualista, o magistrado com acurada visão social percebe se a parte tem ou não meios para satisfazer sua pretensão por caminhos alternativos.

A passagem prévia pela Administração como condição para ingresso em juízo, portanto, deve ser considerada em dois momentos: em fase preliminar, pelo cidadão e seu advogado, e durante o processo, pelo magistrado, como mecanismo de contrapeso.

A conjugação dessas análises contribui para a existência de um Judiciário mais célere e efetivo e, por outro lado, permite alcançar satisfação de interesses sem o desgaste de uma demanda judicial desnecessária.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estágio embrionário da redemocratização brasileira realmente se fez necessário reforçar as garantias ao cidadão e às instituições republicanas, notadamente ao Judiciário. Naquela época, exigir do cidadão que observasse condições para específicas antes de ingressar e juízo era manter a porta aberta para o regime anterior.

Atualmente, entretanto, ninguém duvida do efetivo papel que o Judiciário desempenha na sociedade, e o faz de forma direta na vida de todos

os cidadãos. O ativismo judicial se mostra tão importante que é destacado tanto em estudos técnicos da área jurídica quanto em longos debates pela sociedade em geral.

O Poder Executivo, que noutros tempos esteve às turras com o Judiciário, hoje é seu maior cliente. O Judiciário, cuja atuação era limitada por mandos militares, é revestido de amplas garantias. A partir dessa verdadeira revolução democrática que experimentou a sociedade brasileira nas últimas décadas, pode-se afirmar que não mais existe o temor de usurpação de garantias.

O pleno direito de ação – que era dogma há duas décadas – já pode ser repensado. Isso abre espaço para o florescimento de outros direitos, também assegurados constitucionalmente e que se mostram ofuscados. Repensá-lo, condicionando-o a outras modalidades de solução de controvérsias ou reconhecimento de direitos, permite filtrar demandas que não precisariam estar nas prateleiras do fórum. Como consequência, a jurisdição seria resguardada somente àquele que deveras teve um direito lesionado ou sofreu ameaça concreta de lesão a direito.

O Judiciário, portanto, deve se reservar a quem dele realmente precisa. Com a vênia pelo trocadilho: excesso de acesso é o mesmo que decesso.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Anteprojeto Constitucional*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 set. 1986. Ed. 185, Suplemento Especial, Seção 1, p. 5. In: Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/constituinte.zip>. Acesso em: 4 set. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

PANCOTTI, José Antônio. *Princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2007: Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=88255>. Acesso em: 2 set. 2013.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 1. v.
UNIÃO EUROPEIA. *Corte Europeia de Direitos Humanos*. Application nº 18273/04. Case of Barry vs. Ireland. Estrasburgo, 15 dez. 2005. Disponível em: <hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-71681>. Acesso em: 2 set. 2013.

Recebido em: 07/09/2013
Aceito em: 20/10/2013