

# A proteção aos direitos do cidadão e o acesso à justiça

LUIZ ANTONIO SOARES HERTZ

Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Bacharel em Economia e Mestrando em Direito Público na UNESP, Franca (SP)

## SUMARIO

*1. Os direitos do cidadão e o seu protetor natural. 2. A jurisdição judicial como "guardiã da propriedade privada e das liberdades públicas". 3. O contencioso administrativo: histórico no Brasil e o exemplo da França. 4. O acesso a juízo e o exaurimento das vias administrativas. 5. Conclusão.*

1. Não há dúvida de que a Constituição Federal de 1988 alargou o campo de atuação do Poder Judiciário no que se refere à chamada Justiça Administrativa. Enquanto antes somente os direitos subjetivos eram objeto de proteção garantida, em face da redação do § 4º do art. 153 da Carta de 1969, agora, além da proteção tanto contra lesão quanto a ameaça de lesão a direito individual, também os direitos coletivos têm o mesmo amparo; o inciso XXXV do art. 5º, com efeito, não contém a ressalva antes existente, significando que é garantia contra o abuso aos direitos individuais e aos interesses legítimos, ou seja, os direitos da massa de administrados contra atos danosos via de regra perpetrados pelo todo-poderoso Administrador Público<sup>1</sup>.

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 é fruto do liberalismo político que prega a manutenção do Estado socialmente organizado para o pleno exercício das liberdades individuais; é Constituição-garantia, "que se propõe a garantir os direitos fundamentais contra o poder e sua natural inclinação para o abuso"<sup>2</sup>. Já dissemos alhures que o símbolo maior do Estado

1 Nesse sentido, CELSO AGRÍCOLA BARBI, no artigo "Garantias Constitucionais Processuais", publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 659, setembro de 1990, pp. 7-12.

2 Conf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Ed. Saraiva, 1990, p. 4

de direito é o princípio da legalidade, inscrito no Capítulo I do Título II dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º da Constituição Federal), e a garantia do primado de justiça é a certeza de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (inciso XXXV). Como consequência do que estabeleceu o legislador maior, significará arbítrio a sonegação de matérias ou casos aos juízes e Tribunais, e como tal nada está protegido pelo ilusório manto da independência de poderes<sup>3</sup>.

Partindo dessa colocação, desde logo nota-se ser preciso voltar o pensamento ao interesse público e de plano serem removidas as pretensas barreiras alevantadas contra o pronto ingresso em juízo. Nesse mister, deve-se buscar no direito estrangeiro os exemplos bem sucedidos de administração de justiça, como o da dúplice jurisdição francesa, mas sem querer aqui implantá-lo, senão apenas para justificar a adoção do moderno entendimento que a Constituição Federal refletiu em muitos pontos, aplicando-se tais conceitos na proteção dos direitos do cidadão.

Os movimentos internacionais, notadamente na segunda metade deste século, tiveram em alta conta o interesse crescente pelos direitos do homem. À Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, seguiram-se outras importantes convenções sempre trilhando o caminho dos direitos humanos. Na síntese do francês PIERRE BON, houve "um alargamento de conteúdo com a passagem das liberdades individuais às liberdades coletivas e, em seguida, aos direitos econômicos e sociais"<sup>4</sup>. Entre nós, todavia, o reconhecimento dos direitos individuais é preocupação recente, mercê dos regimes de governo que por longos períodos tirou o país dos trilhos da democracia plena, e os coletivos e sociais então constituem-se em mera falácia, dada a teimosia em não se ouvir os difusos clamores de categorias, querendo-se, outrossim, a identificação de detentores de direito subjetivo.

A dificuldade na recepção de postulações para amparo das duas esferas de direitos, distinguindo *a priori* as suas características básicas, dimana do fato de que a legislação processual inadmite o ingresso a quem não detém direito próprio, só permitindo a legitimação extraordinária eventualmente (conforme art. 6º do Código de Processo Civil). São de AGUSTIN GORDILLO os esclarecimentos que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO apresenta *in verbis*:

"O interesse legítimo diferencia-se do direito subjetivo porque, neste último, alguém tem, em caráter exclusivo, a situação jurídica cuja proteção é postulável; no interesse legítimo, a situação jurídica é detida em concorrência com outros indivíduos e de tal sorte que

3 In *Considerações Atuais sobre o Controle da Discricionariedade*, item 3.

4 In "Proteção Jurisdicional dos Direitos do Homem na França", publicado na *Revista de Direito Público*. Ed. Revista dos Tribunais, vol. 88, out-dez de 1988, pp. 128 e 129.

não é nem pode ser concretizada com exclusividade — vale dizer, com exclusão de outros — em nenhum deles”.

Os interesses coletivos, os difusos e também os individuais indisponíveis necessitam de amparo processual válido para serem deduzidos em juízo. O arcabouço legislativo vigente, é certo, não autoriza nem legitima a qualquer cidadão o uso do processo, dificultando sobremaneira a prestação jurisdicional em casos que inclusive é reclamada com urgência. Os meios autorizados, por outro lado, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, são raramente utilizados para aquela finalidade, prevalecendo muitas vezes um ato prejudicial à coletividade somente porque não se identificou detentor de direito a ser exercido em nome próprio.

Precisa-se, na verdade, de adequação das normas processuais às novas necessidades impostas por uma ordem constitucional avançada no que se refere à proteção dos direitos do cidadão. Não será aqui, todavia, que se discorrerá sobre esse importante capítulo do tema ligado ao acesso à justiça, remanescendo o assunto para oportunas considerações.

A proteção dos direitos é matéria constitucional porque tolhe a um só tempo a injustiça da lei e a ação lesiva do tradicional inimigo das liberdades públicas, o Poder Executivo, incumbindo ao poder jurisdicional assegurar o cumprimento das normas constitucionais. Se há direito, não importa sua natureza para que se imponha uma garantia ao seu exercício. Daí falar-se em ser a jurisdição, quer administrativa, quer judicial, o protetor natural dos direitos do cidadão; e, frente à possível divisão da jurisdição com o estabelecimento de uma específica para a proteção contra os abusos do Poder Executivo, necessárias se fazem, para o Brasil, as ponderações que se seguem.

2. Num sistema de jurisdição dúplice, os litígios entre a administração pública e o administrado ficam a cargo da Justiça Administrativa, pode-se dizer, mas sem que a colocação reflita a realidade do que ocorre nos países que o adotam. Em Portugal, por exemplo, o exame no contencioso administrativo cinge-se a questões de legalidade, persistindo as questões não jurídicas ou de boa administração para o exame do Poder Judiciário se e quando provocado por quem detém direito subjetivo<sup>5</sup>. É que se à jurisdição administrativa fosse autorizada a revisão do ato sob os aspectos da conveniência e oportunidade, entraria o julgador em domínio específico da Administração — e passaria a realizar, na expressão de QUEIRO, “uma dupla administração”. Na França não é diferente, estando aberta a jurisdição administrativa para o controle da conformidade dos atos administrativos à lei e à Constituição, ocupando-se

---

5. “O Controle Judicial dos Atos Administrativos”, artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas, vol. 152, abr./jun. de 1993, pp. 1-15, especialmente nota de rodapé nº 5.

6. Conf. AFONSO RODRIGUES QUEIRO, “Os Limites do Poder Discrecional das Autoridades Administrativas”, artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas, vol. 97, jul./set. de 1969, p. 8.

a jurisdição judicial da guarda da propriedade privada e das liberdades públicas<sup>7</sup>. Para completar, na Itália, sob a influência francesa formou-se um sistema próprio de proteção aos direitos subjetivos, submetidos à justiça ordinária, enquanto os interesses legítimos ficaram sob tutela da justiça administrativa<sup>8</sup>.

Há, em síntese, nesses sistemas de dupla ordem jurisdicional, uma reserva de matérias pertinentes à jurisdição administrativa, sempre envolvendo litígios entre a administração pública e os administrados, ficando o mais a cargo da função judicial do Estado, incumbida de proteger as liberdades públicas e a propriedade privada, o que, enfim, implica dar guarda a qualquer reclamo contra lesão ou ameaça de lesão a direito individual.

No Brasil, de jurisdição única, não pode em hipótese alguma haver recusa de exame de lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo sob pena de não exercer o Estado a função que lhe atribui a Constituição Federal. Como corolário de eventual não-pronúncia do Poder Judiciário sobre questão levada a seus órgãos, quer sob o título de direitos subjetivos, quer sob o de interesses legítimos, redundará em denegação de justiça. A mesma conclusão aplica-se ao legislador ordinário na hipótese de limitar ou condicionar o ingresso em juízo, senão mediante a disciplina processual necessária à regularidade dos serviços judiciais e à garantia da obediência de princípios tradicionalmente assegurados.

3. Não obstante as ponderações sobre a imprescindível recepção de qualquer matéria para o crivo jurisdicional único, vale lembrar que a importação de modelos ou o resgate de idéias do passado tendem a indicar outros caminhos, como aliás se deu por ocasião da Emenda Constitucional n° 7, de 1977, e pode de novo ser lembrada na reforma constitucional prevista para 1993. As razões que motivaram os ideais de modificação no Brasil sempre se identificaram com propostas tendentes a possibilitar mais ágil distribuição da justiça. Ocorre, porém, que as pretensões esbarram em dificuldades oriundas das peculiaridades estruturais brasileiras e mesmo em premissas financeiras que inviabilizam desde logo a concretização de projetos contendo drásticas modificações, como as que se fariam necessárias.

Na sua origem, a idéia do contencioso administrativo baseou-se em postulado que hoje não encontra suporte na realidade do Estado moderno. Com efeito, "o contencioso administrativo nada mais é do que um remanescente de épocas em que o rei englobava todos os poderes do Estado e, portanto, o Poder Judiciário, agindo sempre a Justiça em nome do rei"<sup>9</sup>. Sucedeu, com a Revolução Francesa, que o julgamento dos atos administrativos remanesceram com função do Poder Executivo, aparentemente contrariando o

7 Conf. PIERRE BON, ob. cit., p. 125.

8 Conf. CAIO TÁCITO, "Contencioso Administrativo", artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas, vol. 133, jul./set. de 1978, p. 63.

9 Conf. CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, na abertura da exposição de tese aprovada no II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, publicada na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas, vol. 131, jan. a mar. de 1978, p. 11.

princípio da separação dos poderes, mas sob fundamento aceito, qual seja o de que redundaria em transgressão àquele princípio a interferência do Poder Judiciário nas questões de interesse da Administração.

Na França, prepondera o entendimento de que “contencioso administrativo é o conjunto de contestações nascidas da ação da Administração, quando ela se exerce segundo o direito administrativo”; trata-se de verdadeiros Tribunais que desempenham a função normal de todo juiz: dizer o direito por ocasião dos litígios que lhe são submetidos, conforme excerto de JEAN RIVERO *apud* CRETELLA JÚNIOR<sup>10</sup>. Embora hoje não mais prevaleça o entendimento da tripartição de poderes para a aceitação da jurisdição administrativa, permanece na França o sistema de dupla jurisdição por mera conveniência, dada a suposta vantagem da especialização e possível maior rapidez da jurisdição administrativa.

Mais recentemente, inclusive, discute-se a eficiência do sistema francês. Pronunciando-se sobre o contencioso administrativo da França, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA falava sobre o fim próximo daquele paradigma nestes termos: “La crisis del contencioso-administrativo francés, un contencioso “subdesarrollado” según quienes hasta ahora mismo lo vanagloriaban, un contencioso inadaptado al tiempo actual, según quienes lo practican y lo sufren, un contencioso que esta ya en la cola u no en la vanguardia de los sistemas occidentales de protección judicial frente al poder, un contencioso que está ya en retraso sobre “los principios generales del Derecho europeo”, tanto comunitarios como de Derechos humanos, esa crisis, ya inocultable y ostentosa, que ha irrumpido como un sarpullido inesperado y súbito en el hasta ahora lozano rostro del Derecho público francés, esa crisis invalida definitivamente el pertinaz intento de acogerse a él como a un oráculo para la reforma pendiente de nuestro propio sistema”<sup>11</sup>.

Entre nós o assunto não é novo, posto ter vigorado no Brasil Colônia o contencioso administrativo — ou ao menos o que hoje identifica-se como tal. Mas com a Independência, na Constituição de 1824, foi criado o Poder Moderador, conferido ao Imperador para manipular os Poderes Judiciário e Legislativo. A Constituição de 1891 estabeleceu de tal forma a competência do Poder Judiciário que teve, como corolário, a supressão da jurisdição administrativa, imperando, depois, nas Cartas de 1934, 1937, 1946 e 1967<sup>12</sup>.

A Constituição Federal de 1969 ressuscitou a expressão “contencioso administrativo”, seguindo-se a Emenda n° 7, de 1977, com inovações nesta área, mas nunca foram postas em prática por falta de regulamentação. Discutiu-se, a partir daí, se em verdade o contencioso administrativo foi criado no Brasil, inclinando-se os doutos em sentido negativo, como se vê, *exempli*

10 O “Contencioso Administrativo” inexistente, publicado na *Revista de Direito Público* da Ed. Revista dos Tribunais, vol. 75, pp. 27-30, especialmente 29.

11 “La Crisis del Contencioso-Administrativo Francés: El Fin de un Paradigma”, publicado na *Revista de Direito Público* da Ed. Revista dos Tribunais, vol. 91, pp. 5-18.

12 Conf. ADA PEI LEGRINI GRINOVER, “O Contencioso Administrativo na Emenda n. 7, de 1977”, na *Revista de Direito Público* da Ed. Revista dos Tribunais, vols. 41-42, pp. 55-71.

gratia, da posição de José Cretella Júnior. "A Constituição de 1969 encerra o maior dos absurdos ao pretender criar "contencioso administrativo" para julgar litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União". E apregoa: "Isso nunca foi contencioso administrativo"<sup>13</sup>

Em verdade o legislador constitucional jamais inspirou-se no modelo da dúplici jurisdição; como meio de reformar o sistema judiciário, fortaleceu a Justiça Federal dando-lhe feições de verdadeiro contencioso administrativo para julgamento dos litígios envolvendo a União. Dá conta disso CAIO TÁCITO: a criação de órgãos especiais de contencioso administrativo apareceu pela primeira vez na Constituição de 1934, anunciados como "um Tribunal especial, com competência privativa e final (salvo em matéria constitucional) para o julgamento dos recursos nas matérias que, no todo ou em parte, fossem regidas pelo Direito Administrativo e, ainda, nos litígios entre a União e seus credores, derivados de contratos públicos"<sup>14</sup>. Embora não tenha sido colocado em prática o mandamento constitucional, redundou na criação do *Tribunal Federal de Recursos*, pela Carta de 1946, e na implantação da Justiça Federal de Primeira Instância, organizada nos moldes da Lei n° 5.010, de 30 de maio de 1966.

Do exposto conclui-se que o sistema jurisdicional brasileiro trilha caminho diverso do modelo tradicional francês de dúplici jurisdição, até porque inspira-se no padrão norte-americano de justiça soberana a cargo do Poder Judiciário. Como em todos os sistemas avaliados, também no Brasil a questão envolve decisão político-constitucional, incumbindo ao poder constituinte a revisão do modelo em vigor com a manutenção dos órgãos existentes ou a criação de outros que organicamente impliquem sistema de contencioso administrativo como consagrado doutrinariamente, ou seja, "órgãos jurisdicionais distintos para o exercício do controle externo e final da administração pública"<sup>15</sup>.

A questão a saber-se, todavia, é se convém a criação de tais órgãos, independentemente das razões doutrinárias que os justificam.

Sobre o tema pronunciaram-se DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO e EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZZI, em abalizadas monografias, com ambos propugnando, na essência, pela mesma solução. O primeiro defende a criação de "Tribunais especializados administrativos, situados organicamente no Judiciário, tendo à cúpula, em relação recursal extraordinária, o Supremo Tribunal Federal"<sup>16</sup>. GUALAZZI posta-se favoravelmente à insta-

13 O "Contencioso Administrativo" inexistente, publicado na *Revista de Direito Público* da Ed. Revista dos Tribunais, vol. 75, pp. 27-30; o renomado autor diz, ainda, e pondo ideia que mais a frente será retomada: "Cu os juizes federais e, depois, o Tribunal Federal de Recursos (hoje Tribunal Regional Federal), julgam tais litígios e estamos, nesse caso, dentro do sistema tradicional da jurisdição una, que é e sempre foi o nosso sistema, o que é confirmado pelo art. 125 da CF de 1969, ou semierariado, realmente, o contencioso administrativo - modelo francês, o que conflita com o art. 153, § 4º (hoje equivalendo, *mutatis mutandis*, ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988); nunca, jamais, estando em vigor este artigo haverá contencioso administrativo", pela simples razão que ele consagra a jurisdição una" (p. 29).

14 Texto de conferência publicado na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas, vol. 133 jul./set. de 1978, pp. 59-62.

15 Conforme CAIO TÁCITO, *ob. cit.* p. 61.

16 *Contencioso Administrativo*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1977, pp. 41 e seguintes.

lação de seções formal e materialmente especializadas do Poder Judiciário para conhecimento das lides administrativas, já esboçadas em face das varas da Fazenda Pública em todos os níveis<sup>17</sup>. Alerta que eventuais alterações no vencedor sistema brasileiro deverá "acentuar a caracterização formal e substancial da justiça administrativa, no seio do Poder Judiciário, em sistema de jurisdição una, que é o mais adequado ao Brasil e já conta, virtualmente, com um século de boa tradição"; a conclusão, portanto, é de que "a justiça administrativa já vem sendo desempenhada a contento, há muito tempo, no sistema de jurisdição una, em vista da legislação constitucional e ordinária em vigor, transparecendo como inútil para nosso País o contencioso administrativo de modelo francês"<sup>18</sup>.

4. Sempre inclinaram-se os doutos, com efeito, no sentido da inconveniência de volver-se ao regime de justiça que vigorou no Brasil antes da Proclamação da República. As razões são lógicas e repousam basicamente na suspeita em ter-se como juiz, em última análise, o próprio litigante, o que acabou por fazer letra morta e permissivo da Emenda Constitucional n.º 7, de 1977.

Mas mesmo afastada a viabilidade da jurisdição dúplice, uma importante barreira contra o amplo acesso ao Poder Judiciário costuma ser levantada: o condicionamento do ingresso em juízo à prévia exaustão das vias administrativas<sup>19</sup>. Sabe-se que Tribunais administrativos desprovidos de função jurisdicional podem ser criados dentro da própria estrutura dos órgãos cujas decisões pretende-se sejam revistas. Nada impede que a função controladora seja exercitada pelo próprio ente que movimentou a ação estatal danosa, mas sem que o exercício do poder revisional implique retardamento na busca de amparo jurisdicional para o exercício dos direitos individuais e coletivos, necessariamente nos órgãos integrantes da estrutura constitucionalmente assegurada ao Poder Judiciário. A assertiva dimanada da garantia de que nada será sonhegado à apreciação judicial (inciso XXXV do art. 5.º).

Na vigência da Carta anterior a jurisprudência só excepcionalmente admitia o condicionamento do ingresso em juízo à prévia exaustão das vias administrativas<sup>20</sup>. Contudo, mesmo os mais renitentes defensores da jurisdição única manifestaram-se em conformidade com a barreira. Nesse sentido, ADA

17. *Justiça Administrativa*, in: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, p. 124.

18. *Ob. cit.*, pp. 155 e 159, respectivamente.

19. Relembre-se que na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 não se repetiu a permissão inserida na carta anterior pela Emenda n.º 7, *verbis*: "O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exaurem 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" (§ 4.º, *in fine*, do art. 153 da CF de 1969), no art. 203 o antigo texto trazia a autorização — também não repetida — para a criação de contenciosos administrativos nas esferas federal e estadual, sem poder jurisdicional, "para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes de trabalho" e para dirimir as questões entre as pessoas de direito público de mesmo nível de governo (conf. art. 203).

20. Bem a propósito é o enunciado n.º 429 da Súmula Predominante do Supremo Tribunal Federal: "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade", a jurisprudência sumulada em questão é um temperamento à letra do inciso I do art. 5.º da Lei n.º 1.533, de 1951. *verbis*: "Não se dará mandado de segurança quando se tratar: I - de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução."

PELLEGRINI GRINOVER apregou não haver "necessidade de permissivo constitucional para a exigência, que já existe em nosso sistema em determinadas matérias"<sup>21</sup>, embora ressaltando que o prévio esgotamento das vias administrativas 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", isso porque "as normas legais que regulam e disciplinam tal acesso não podem colidir com o princípio da proteção judiciária"<sup>22</sup>.

O problema pode ser levado além para questionar-se sobre os pressupostos de admissibilidade do ingresso em juízo, que ao lado das tradicionais condições da ação são colocados como barreira ao livre acesso que se quer ver garantido. Neste particular, tratando com especial felicidade da garantia constitucional de acesso à tutela jurisdicional, ÁLVARO ÉRIX FERREIRA expôs que "não está a lei impedida de regular o processo, estabelecendo requisitos para a sua constituição e desenvolvimento, mas desde que o faça, entretanto, em caráter geral, aplicável a todas as causas e de forma a não impossibilitar ou inviabilizar, em alguma hipótese, o acesso ao processo. Essa é a única conclusão capaz de conciliar a garantia absoluta de acesso ao Judiciário com a conferida ao réu de não ser afetado na sua liberdade ou patrimônio senão através do devido processo legal"<sup>23</sup>.

Tem-se de admitir, com razão, o condicionamento do ingresso em juízo à satisfação de requisitos legais porque em última instância significam o respeito a princípios como o do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da licitude das provas, entre outros explícita ou implicitamente adotados pela Carta de 1988.

Ainda assim remanesce a proposição acerca da possibilidade de ser condicionado o ingresso em juízo ao exaurimento de vias administrativas. A solução do problema poderia ser simples — pela negativa, já que ao legislador ordinário não é dado limitar ou condicionar o acesso senão mediante disciplina processual para a garantia da obediência de princípios constitucionalmente assegurados. É a própria Constituição, porém, que excepciona ao dispor, no § 1º do art. 217, que "o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei", e no § 2º do art. 142: "Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares". Ambos os casos expressam claramente uma vedação ao princípio do livre acesso, sendo o primeiro caso de

21 Ob. cit., p. 61; arrola a autora, citando dispositivos legais, a matéria acidentária, em que a lei já revogada estabelecia, para o ajuizamento da ação, a condição de que se escoasse previamente a via administrativa da Previdência Social; a Lei nº 1.533, de 1951, que regula o mandado de segurança, exigindo a exaustão da via administrativa quando do ato couber recurso administrativo com efeito suspensivo independentemente de caução (ver nota nº 20, supra); e ainda o Estatuto dos Funcionários Públicos da União (Decreto-Lei nº 1.713, de 1939), "acompanhado pelos estatutos de diversos Estados-Membros, ao que concerne à necessidade de exaustão das vias administrativas para que o funcionário pudesse recorrer ao Judiciário".

22 Ob. e loc. cit.

23 "Garantia Constitucional de Acesso à Tutela Jurisdicional" | *Revista dos Tribunais*, vol. 659, setembro de 1990, pp. 40-48, especialmente p. 46.

condicionamento à prévia exaustão das vias administrativas da chamada justiça desportiva que, por falta de caráter de definitividade de suas decisões, não tem o *status* de jurisdicional.

Parece de bom alvitre que casos como os da justiça desportiva sejam levados primeiro à esfera própria, não apenas pela natureza eminentemente técnica dos embates jurídicos que propicia, mas também como meio de obterem a solução imediata que o Poder Judiciário não pode dar em face da disciplina processual de difícil superação a que se submeteriam. Esse foi o intuito do legislador constituinte, evidenciado a partir da determinação de que a esfera administrativa tem o prazo máximo de sessenta dias para proferir decisão final (conforme o § 2º do art. 217 da Constituição Federal). Deste modo, mesmo focado sob o prisma da não-sujeição do direito a sacrifício de forma a implicar sua negativa, não adviriam prejuízos ao interessado porque a demora na via extrajudicial não será superior ao tempo marcado.

Não se pode negar, outrossim, que, havendo lesão ou ameaça de lesão a direito não passível de ser reparada ou evitada na forma sobredita, o ingresso em juízo pode se dar independentemente do escoamento do prazo ou de postulação administrativa ante o primado do controle judiciário incondicional. Por isso que os autores que outrora admitiam a condição expunham que "a exaustão das vias administrativas só será legítima na medida em que não infringir a primeira parte do artigo, que garante o acesso às vias jurisdicionais em caso de lesão de direitos individuais"<sup>24</sup>.

A proibição concernente ao *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares é evidente resquício do regime autoritário anterior e encerra vício interno<sup>25</sup>; deverá ser suprimida e, enquanto perdurar, tida por letra morta porque, afora a evidência de sacrifício de direito com vedação expressa — não se trata meramente de retardamento, como no caso anterior, mas de proibição mesmo —, ainda impede o uso de instrumento incondicionalmente garantido para o exercício do fundamental direito à liberdade de locomoção (inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal).

5. Ante o exposto, é inevitável que se reafirme a conclusão dos doutos no sentido de que no Brasil não convém a instituição do contencioso administrativo e que firme-se ser conveniente que a justiça se especialize mediante a criação e manutenção de área específica para dilucidar questões entre a Administração e administrados.

---

24 Conf. ADA PELLEGRINI GRINGVER, *ob. cit.*, p. 70; a autora referia-se a ordem constitucional anterior, fundando-se no § 4º do art. 153 da Carta de 1969, mais permissivo que o atual dispositivo que lhe corresponde (o inciso XXXV do art. 5º). Sob aquela Constituição, também Eurico de Andrade Azevedo firmou que "a exigência do esgotamento da via administrativa não pode ser de tal ordem que frastré ou elimine o acesso ao Judiciário, pois o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional continua incólume em nosso ordenamento jurídico" ("A Exaustão da Via Administrativa como Condição da Ação", *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*, vol. 152, abr./jun. de 1983, pp. 16 a 26).

25 MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO disse que "se jamais se deve determinar isoladamente o sentido de uma regra, com relação à Constituição vigente e imperioso procurar inseri-la no sistema que objetivamente deflui de seu texto, conciliando-se o aparentemente inconciliável" (*ob. cit.*, p. 10).

Evidencia-se, outrossim, a impossibilidade de ser condicionado o ingresso em juízo ao prévio exaurimento das vias administrativas, embora admitindo que o legislador constituinte pode limitar o acesso à proteção dos direitos que a Carta assegura, reservando à esfera não jurisdicional o exame preliminar de questões essencialmente de natureza administrativa, como aconteceu com as demandas de origem desportiva. Se e quando da exigência de prévio exaurimento da via administrativa puder advir lesão ou ameaça de lesão a direito, ter-se-á por não escrito o condicionamento porque a garantia de acesso ao Poder Judiciário não sofre restrições quando presentes os pressupostos legais.

Deve-se ter sempre por não escrita a vedação ao uso de remédios ou instrumentos destinados a obter tutela jurisdicional, como a prevista no § 2º do art. 142 da Constituição Federal de 1988.

Essas são algumas das ponderações que o tema comporta, ficando em aberta, para ser retomada posteriormente, a importante questão da legitimação extraordinária, envolvendo a necessidade de se estabelecer como norma o processo civil coletivo para a dedução em juízo de interesses legítimos.