

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

YASMIN GAZOLA DE SOUZA

**O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E O
PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA**

BRASÍLIA

2019

YASMIN GAZOLA DE SOUZA

**O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E O
PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA**

Trabalho apresentado na Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Dr. Vallisney de Oliveira.

Brasília

2019

YASMIN GAZOLA DE SOUZA

**O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E O
PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA**

Trabalho de curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília,
examinado pela seguinte banca:

Vallisney de Souza Oliveira.

Daniela Marques de Moraes.

Osvaldo Martins Viana Junior.

Brasília, 11 de julho de 2019.

Dedico esta, bem como todas as minhas conquistas, ao meu pai e à minha mãe pelo apoio incondicional nessa longa jornada sem o qual nada seria possível. Ao professor Vallisney de Oliveira pela paciência, incentivo e confiança na orientação durante a conclusão desta monografia, e a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação e tornaram esta realização possível.

RESUMO

O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional é um importante mandamento previsto na Constituição Federal que vem sofrendo mudanças na atualidade na forma como vem sendo tratado. Seu conceito se confunde com o de acesso à justiça na medida em que ambos são garantidores do direito de acesso do cidadão ao Poder Judiciário para ter suas demandas atendidas. Apesar de haver somente uma exceção constitucional, atualmente há uma tendência dos juízes adotarem o prévio requerimento e/ou exaurimento da via administrativa fora da hipótese prevista na Constituição Federal de 1988. Destaca-se um caso real em que uma servidora pública, depois de devida aprovação em concurso público, teve sua posse impugnada. Ao procurar ajuda em um escritório de advocacia foi adotado o prévio exaurimento da via administrativa com a justificativa de que, se assim não fosse, o pedido seria indeferido de plano pela ausência do interesse de agir na via judicial. Como consequência desta exigência, após todos os trâmites da via administrativa a servidora foi exonerada de seu cargo e somente então o escritório concordou em acessar a via judicial. Devido à morosidade desta via, a servidora aguardou dois anos para que tivesse reconhecido, em liminar, seu direito de retornar ao cargo originalmente ocupado. Não houve em momento algum interesse do escritório em entrar na via judicial desde o início do processo, com uma tutela preventiva, como por exemplo, mandado de segurança preventivo, para que ela tivesse seu direito de permanecer no cargo resguardado durante o período em que se discutisse o mérito da demanda. Isto leva à discussão do impacto dessas posições no direito de acesso à justiça, já que este é amparado expressamente pela Constituição Federal.

PALAVRAS CHAVE: princípios constitucionais; inafastabilidade; controle jurisdicional; exaurimento; via administrativa; acesso à justiça; caso concreto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL	7
1.1 Normas, Regras e Princípios	7
1.2 Princípio do Acesso à Justiça	11
2. A TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO	14
2.1 O processo como instrumento de acesso à Justiça	14
2.2 O Princípio da Inafastabilidade e o Princípio da Separação dos Poderes	16
2.3 A amplitude da Jurisdição e a Jurisdição Administrativa	18
2.4 Exceções Constitucionais ao Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional	20
2.5 Limites da jurisdição brasileira – via administrativa e via judicial	20
3. NECESSIDADE OU NÃO DO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA	23
4 . CASO CONCRETO	29
4.1 O caso e seus desdobramentos	29
4.2 Análise do caso	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	32

INTRODUÇÃO

Este estudo visa observar uma mudança que vem ocorrendo na atualidade, a qual se trata da relativização do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio este que possui previsão constitucional e legal no ordenamento jurídico brasileiro. Embora haja somente uma exceção à observância deste princípio prevista na Constituição Federal de 1988, nota-se que o Poder Judiciário tem aceitado novas exceções à regra.

Diante deste novo posicionamento, os advogados, seguindo a linha do judiciário, estão agindo como se estivessem reavivando a prévia consulta administrativa, mesmo sem haver norma expressa a respeito. Como exemplo, destacaremos um caso real em que o advogado deixou de impetrar um mandado de segurança preventivo, alegando que a consulta administrativa seria pressuposto necessário para o acesso à justiça, pois caso contrário, ensejaria falta de interesse de agir.

Deste modo discute-se, portanto, qual o impacto que este tipo de decisão pode causar no direito de acesso à justiça e em que medidas a relativização do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional seria realmente necessária em casos como este.

CAPÍTULO 1. O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

1.1 NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS.

Normas, regras e princípios são reflexos dos anseios da sociedade em uma determinada época e possuem características distintas entre si, porém, muitas vezes se confundem dentro do ordenamento jurídico devido à força normativa que exercem.

Importante destacarmos que as normas são o gênero e as regras e princípios suas espécies. É através destes que as normas se revelam.

As regras possuem caráter mais imperativo, são bem definidas e disciplinam uma determinada situação. Quando um juiz se depara com a situação concreta descrita, a regra prevista deve ser aplicada, ou seja, ocorre a subsunção do fato à norma escrita.

Levando em consideração a lógica do tudo ou nada de Robert Alexy, baseado nos estudos de Ronald Dworkin, a qual diz que as regras devem ser aplicadas por completo ou não ser aplicadas de maneira alguma.

Ana Paula Barcellos esclarece que: “(...) uma vez identificado que a hipótese prevista pela regra se verifica, as consequências a ela associadas, mesmo que sejam complexas, já estão definidas” ¹.

Devido à grande quantidade de regras existentes no ordenamento jurídico brasileiro, o mesmo assunto pode estar previsto em mais de uma regra. Neste caso, ocorre um fenômeno denominado “conflito” normativo.

Este eventual conflito pode ser solucionado por meio da “pirâmide de Kelsen”, que destaca uma “suposta hierarquia” entre os diferentes tipos de normas, na qual é possível realizar um “juízo de valor” e determinar qual irá prevalecer no caso concreto. Assim, somente uma das regras conflitantes poderá ser aplicada; elas não podem coexistir no caso de maneira alguma, pois, certamente, uma poderá ser declarada inconstitucional. Essa análise é feita através do Controle de Constitucionalidade invocado nesses casos, que analisa a compatibilidade de dada norma com a Constituição Federal e busca a harmonização do ordenamento.

Por outro lado, os princípios funcionam como diretrizes gerais, pois, possuem caráter mais abstrato e indeterminado, dando margem à interpretação daquele que o aplica, por isso deve haver um grande senso de ponderação e razoabilidade na análise de cada caso, para que se obtenha a melhor decisão possível.

¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49.

Sendo assim Ana Paula Barcellos diz que: “(...) os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma explicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes”².

Conflitos entre princípios também são muito comuns, porém, sua solução não é bem definida e dotada de mecanismos formais como as regras. Nesse caso o papel do intérprete do direito é importantíssimo, pois somente ele poderá, em cada caso concreto, ponderar qual princípio deverá prevalecer, ou qual deles terá um peso maior, caso coexistam diante do que foi apresentado no caso (ex.: publicidade X segredo de justiça; direito à vida X dignidade da pessoa humana).

Por exemplo, em um caso que envolva aborto de feto anencéfalo, o juiz pode decidir em favor da mãe permitindo que realize o aborto do feto levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana em relação à genitora, que poderá sofrer ao ver o filho nascer e morrer logo em seguida. Todavia, diante do mesmo caso o juiz poderá decidir em favor do feto dando maior valor ao princípio do direito à vida, mesmo que considere que a vida seja por um breve momento.

Os doutrinadores modernos destacam que os princípios se parecem, se identificam, com as regras. Porém, a diferença está no conteúdo que cada um deles apresenta: os princípios, embora contemplados explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico, são mais vagos, mais abertos; as regras, de modo geral, são mais precisas.

Nesse contexto, é evidente que as normas não são capazes de abranger todas e quaisquer situações possíveis e imagináveis. Isto deixa uma margem de infinitas situações nas quais será papel do aplicador do direito fazer o juízo de valor de acordo com o que lhe foi apresentado para que o caso se encaixe nos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Os princípios, neste caso, servem como verdadeiros orientadores da compreensão destas situações e conseguem fazer uma ponte entre eles e as normas para que as lacunas do ordenamento sejam preenchidas.

² BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 51.

Nas palavras de Fernanda Marinela: “(...) vale ressaltar que não há hierarquia normativa entre os princípios e as regras, podendo qualquer um deles prevalecer, observando o estatuto jurídico que o institui (...)”³.

Pode-se destacar também que a descoberta do verdadeiro significado de um princípio ou de uma regra depende da interpretação do legislador, do advogado ou juiz⁴.

Os princípios constitucionais são valores presentes de forma explícita ou implícita na Carta Política, orientam a aplicação do direito como um todo, e facilitam a mutação constitucional, ampliando a capacidade de se acompanhar as transformações que ocorrem na sociedade com o passar do tempo, sem a necessidade de alteração formal frequente do texto.

O sistema constitucional brasileiro é composto por vários princípios e a presença destes afigura-se fundamental para que a Constituição possa desempenhar adequadamente o seu papel. Assim, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual com o objetivo final qualificado como direito de acesso à justiça.

Nesse âmbito, cumpre analisar um dos princípios mais importantes na atualidade, previsto na Constituição de 1988, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, que nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

O inc. XXXV do art. 5º da Constituição, antes interpretado como portador somente da garantia da ação, tem o significado político de pôr sob controle dos órgãos da jurisdição todas as crises jurídicas capazes de gerar estados de insatisfação às pessoas e, portanto, o sentimento de infelicidade por pretenderem e não terem outro meio de obter determinado bem da vida. Esse dispositivo não se traduz em garantia do mero ingresso em juízo ou somente do julgamento das pretensões trazidas, mas da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão⁵.

³ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 25.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios: conceitos e distinções. Teresina: *Revista Jus Navegandi*, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2527>. Acesso em 03/05/2019.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ªed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003, p. 198.

1.2 PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional consiste em um dever do Estado, que possui o monopólio da jurisdição, de dar uma resposta a qualquer provocação que receba. A provocação pode vir de uma pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, que tenha seu direito ameaçado de lesão ou já lesado.

Este princípio, muito importante para o Estado Democrático de Direito, impede que sejam criadas barreiras à concretização do direito constitucional trazido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Assim, ressalvada a hipótese prevista constitucionalmente, da disciplina nos desportos, não se pode exigir o prévio esgotamento da via administrativa para se obter acesso ao Poder Judiciário (art. 217, §1º, CF/88: O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei).

O exercício do Poder Jurisdicional pode ser definido como um controle de legalidade feito através de juízes que analisam litígios de acordo com as normas de Direito, que deve funcionar para todos sem distinção, inclusive para o próprio Estado.

Um dos desdobramentos do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é o princípio denominado acesso à justiça. É a ideia de que a partir do momento em que o Estado se assenhora do monopólio da Jurisdição proibindo que as partes se utilizem da força para resolver seus conflitos, o Estado tem o dever constitucional de prestar a jurisdição e é inconstitucional qualquer obstáculo econômico, financeiro e jurídico que impeça as partes de trazerem suas pretensões à justiça. Abrange não apenas a forma repressiva (lesão a direito), mas também a ameaça de lesão, ou seja, a forma preventiva.

O entendimento sobre o que é “acesso à justiça” sofreu diversas modificações ao longo dos anos e a depender do local geográfico que se adota como referência.

Por exemplo, na política do Liberalismo, no Estado Liberal⁶ que perdurou entre os séculos XVII e XVIII, a intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos era quase inexistente, pois se acreditava em uma igualdade formal de todos perante a lei, respeitando assim, a liberdade dos indivíduos, e o acesso à jurisdição era limitado. Já no Estado de Bem Estar Social o conceito precisou ser repensado para que se adequasse às novas necessidades da sociedade que surgiram nesse contexto.

A ideia de igualdade material emerge juntamente com a de justiça social distributiva, em que o Estado passa a ter uma ação mais positiva e garantidora de direitos do povo. Assim, o acesso à justiça passou a ser mais difundido, tendo seu conceito sido ampliado e o Estado agora passa a buscar o Bem Estar de seus cidadãos dando-lhes maior liberdade para demandar seus anseios.

O acesso à justiça hoje é considerado um aspecto importante do princípio da inafastabilidade. A Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe em seu art. 5º, inciso XXXV sobre esse princípio e diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. É consagrado, portanto, que todos possuem o direito de provocar a tutela jurisdicional e essa relação deve ser direta, ou seja, não pode haver obstáculos entre o exercício do direito de ação invocado pelo cidadão e a jurisdição prestada pelo Estado.

Trata-se de um princípio de caráter abstrato, pois não há vinculação à certeza do fato alegado, existe apenas uma expectativa quanto ao que foi pleiteado. Mesmo aos pedidos mais absurdos, inclusive quando há impossibilidade jurídica, são devidas respostas pelo Poder Público (Estado Juiz) que deve agir de forma célere, efetiva e adequada.

Horácio Wanderlei Rodrigues descreve o acesso à justiça como “a garantia maior, sendo apontada por muitos como o principal entre os direitos humanos, sem o qual nenhum outro poderia ser legitimamente garantido dentro do Estado Democrático de Direito. A manifestação do Poder Judiciário, no exercício legítimo da

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 237.

função jurisdicional, é a manifestação do próprio Estado na busca da concretização de seus objetivos, em especial a tutela dos direitos fundamentais”⁷.

A extensão do conceito é muito ampla, abarcando desde a apreciação da demanda pelo Poder Judiciário até a garantia de meios adequados para a concretização dos princípios do devido processo legal, segurança jurídica e inclui também o “direito de ingresso, procedimento, cognição (...), provimento e execução adequados ao direito material buscado em juízo, bem como que todo o processo ocorra de forma célere”⁸.

Por ser muito amplo e extenso, não há dispositivo próprio para o princípio do acesso à justiça especificamente no ordenamento jurídico, mas encontra amparo em direitos (tutelas jurisdicionais no CPC, por exemplo) e garantias constitucionais (art. 5º, XXXV, CF), que podem ser chamados de princípios constitucionais do processo, como os princípios do juiz natural, da inafastabilidade do controle jurisdicional e da assistência jurídica integral e gratuita.

Fredie Didier afirma que:

“O princípio da inafastabilidade garante uma tutela jurisdicional adequada à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para solução. Ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material.

Este princípio não se dirige apenas ao Legislativo – impedido de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional -, mas também a todos quantos desejem assim proceder, pois ‘se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderá’ excluir algo da apreciação do Poder Judiciário”⁹.

Luiz Guilherme Marinoni ensina que:

O direito de acesso à jurisdição – visto como direito do autor e do réu – é um direito de utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato – ou como um simples direito de propor ação e de apresentar defesa – indiferente aos obstáculos sociais que

⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 200.

⁸ Idem. Ibidem.

⁹ DIDIER JR, Fredie. *Direito à inafastabilidade do poder judiciário*. Salvador: Revista Jurídica Unifacs, 2004, p. 06.

possam inviabilizar o seu efetivo exercício. A questão do acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo – seja para pedir tutela do direito, seja para se defender – a partir da ideia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito de usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade¹⁰.

Vale destacar que a interpretação que se tem dado atualmente ao referido princípio é a de que não devemos pensar somente no “acesso” à justiça como porta de entrada do processo no Poder Judiciário, mas também devemos nos preocupar com a qualidade da prestação jurisdicional, sob pena, embora seja aberta e acessível, restar inefetiva, demorada e/ou de baixa qualidade.

Este princípio traz repercussões no próprio agir da Administração Pública e na tutela constitucional do processo, e traz discussões sobre a questão da separação dos poderes, em especial, entre a atividade administrativa e a atividade judicial. Pois, mesmo sendo um princípio de superposição, tem sido mitigado pelos interpretes das leis.

CAPÍTULO 2. A TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO.

2.1 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA:

O acesso à justiça possui uma inegável importância em todo o ordenamento jurídico, pois, além de ser um instrumento de acesso ao Poder Judiciário, é capaz de viabilizar a aplicação de outros direitos fundamentais.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional teve suas bases fundadas em consonância com o “due process of law”, o qual garante que ninguém será condenado a nenhum tipo de sanção sem antes passar por um processo justo e legalmente previsto.

O processo é um instrumento de tutela jurisdicional não somente para aquele que tem seu direito violado ou ameaçado de ser violado. É também uma via de mão

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5ªed. São Paulo: RT, 2011, p.316.

dupla, em que o réu possui a garantia de ampla defesa e contraditório perante o Poder Judiciário capaz de assegurar resultados eficientes.

Para que haja a garantia de segurança jurídica aos litigantes, o processo deve adotar procedimentos designados em lei, os quais garantam o acesso do cidadão à proteção judiciária. O princípio da inafastabilidade só consegue obter sua plena eficácia se acompanhado dos meios necessários ao acesso à justiça.

Como ensina Daniela Marques de Moraes¹¹, as diversas reformas ocorridas no direito processual civil e no Judiciário tiveram como base a concretização do acesso à justiça, e, com a democratização do Estado, o rol de direitos que poderiam ser exigidos judicialmente aumentaram bastante, mas a luta por uma justiça tempestiva e efetiva perdurou por mais alguns anos.

Com propriedade, diz a autora:

Não é a hierarquização, a forma, a centralização e a legalização que garantem a democratização do acesso à justiça. É a interferência da sociedade civil, em espaços públicos, que participa e contribui para o movimento de construção de novos direitos.

Seja diante do modelo tradicional de direito e de justiça em busca de uma tutela jurisdicional que consista num instrumento de proteção aos seus direitos e de equilíbrio entre a lei e os reclamos sociais, prestada por um judiciário preocupado em dizer o direito ao caso concreto como prática de superação das desigualdades sociais e para a realização dos interesses dos jurisdicionados, seja numa perspectiva de interferência mais abrangente, fora da estrutura jurídica formal, em que se procurará construir novos espaços de discussão e de proposição de medidas de transformação, num ambiente favorável para se diligenciar em prol de novos métodos e técnicas de resolução de conflitos, ou mesmo em favor de uma desconstrução do sistema posto, retirando do Estado a tarefa hierárquica de assegurar o que é jurídico e justo, o que se reputa importante é o redimensionamento dos preceitos de direito e justiça.

As práticas sociais somadas a uma estrutura jurídica dialógica, é que poderão embasar a formação de provimentos adequados para garantir a liberdade, os direitos humanos e fundamentais, possibilitando a manifestação de uma nova cidadania¹².

¹¹ MORAES, Daniela Marques de. *A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 215-226.

¹² MORAES, Daniela Marques de. *A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 226.

Como arremata a autora, é nesse cenário democrático que se deve ter o olhar sobre o princípio da inafastabilidade e a relação do Judiciário com os demais poderes. Pois, é com o diálogo entre Poder Público e a Sociedade Civil que novos direitos poderão surgir e que os direitos já existentes poderão ser devidamente garantidos.

2.2. O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

O princípio da separação de poderes é um princípio fundamental e considerado uma cláusula pétrea da Constituição Federal. Ele consagra que os Poderes da União, Executivo, Legislativo e Judiciário, devem ser independentes e harmônicos entre si (art. 60, §4º, III, CF/88).

Harmonia entre poderes não significa independência ou dependência absoluta dos Poderes, mas sim uma especialização funcional e orgânica sem que haja prejuízo da existência de espaços de interseção entre eles¹³.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional encontra amparo no princípio da separação de poderes, buscando sempre defender os direitos do indivíduo perante os anseios do Estado.

Nas palavras de Horário Wanderlei Rodrigues:

Coloca-se, nesse sentido, como um freio ao possível arbítrio dos Poderes do Estado – uma garantia direta contra o arbítrio do Poder Legislativo e indireta contra o arbítrio do Poder Executivo e do próprio Poder Judiciário.

Em sentido oposto, [a garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário] pode materializar a onipresença do Estado e onipotência do Poder Judiciário, tendo em vista que nenhum conflito poderá ser afastado de sua apreciação, nem por meio da lei. É fundamental, para que isso ocorra, que o Estado respeite a autonomia das partes, sempre que ela não atinja direitos fundamentais, interesse público, bem comum ou restrinja direitos de terceiros¹⁴.

¹³ É o que afirma: BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 322.

¹⁴ RODRIGUES, Horário Wanderlei. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 204.

O princípio da separação de poderes está expresso na Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 2º nos seguintes termos: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988).

Segundo Montesquieu, o princípio da separação de poderes se deve ao fato de que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”¹⁵. Ou seja, se houver uma concentração de todo o poder não há espaço para liberdade política e nem um tipo de controle sobre as ações do Estado, o que poderia ocasionar uma série de atentados contra o próprio Estado e os direitos fundamentais dos cidadãos, como por exemplo, a arbitrariedade nas decisões e o despotismo.

Além da separação das funções exercidas por cada poder, é necessário que elas se concentrem em órgãos distintos sem que haja qualquer tipo de subordinação entre eles.

Ademais, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, é imprescindível que:

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”. Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da separação de Poderes¹⁶.

A independência, como característica dos poderes, não é sinônimo de exclusividade no exercício de suas funções típicas, mas sim uma prevalência em

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles Sevondat Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Marins Fontes, 1993, p. 181.

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 522.

seu desempenho. Um pode desempenhar a função do outro de maneira subsidiária para garantir sua autonomia e independência.

Desse modo, conforme Dirley da Cunha Júnior, o princípio da separação de Poderes pode ser entendido como:

(...) um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial.¹⁷

O Controle Jurisdicional exercido pelo Poder Judiciário não é absoluto, ele encontra limites no princípio da separação de poderes. A aplicação de ambos os princípios (da inafastabilidade e o da separação de poderes) juntos cria certa harmonia todas as vezes que a Administração Pública se dispôr a não acarretar lesão ou ameaça a direito de alguém. O que deve ocorrer é uma atuação equilibrada e harmônica dos poderes sem que um emende no outro.

Nesse ponto, é importante analisar a questão dos atos administrativos na denominada jurisdição administrativa, em que, mesmo havendo a separação entre os poderes, o executivo, de forma atípica exercerá a função jurisdicional (administrativa) estando legitimado para isso, muito embora o sistema nos garanta o acesso direito ao poder judiciário.

2.3. A AMPLITUDE DA JURISDIÇÃO E A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA:

Na época do Brasil Império, criada pela Emenda Constitucional nº 7/77 à Constituição Federal de 1967, a jurisdição administrativa de curso forçado exigia que fosse esgotada a instância administrativa pelo recorrente, caso preenchesse alguns requisitos, conforme a redação *in verbis*: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser

¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 527.

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” (art. 153, §4º, EC nº 7/77). Tal exigência foi extinta quando a forma de governo do Brasil passou a ser a República.

Nas palavras de André Ramos Tavares¹⁸:

Consequência direta do princípio é a não aceitação da chamada instância administrativa forçada, ou jurisdição condicionada, por meio da qual era possível impor ao particular, que pretendesse discutir com a Administração, a necessidade de recorrer primeiramente às vias administrativas e, somente uma vez esgotado esse meio, lançar-se às vias judiciais.

Nota-se que com a amplitude que é dada ao direito de acesso ao Poder Judiciário, não deveria haver espaço para esse tipo de imposição.

Alexandre de Moraes também nos esclarece que:

(...) inexistia a obrigatoriedade de instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexistência de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial, uma vez que exclui a permissão, que a Emenda Constitucional nº 7 à Constituição anterior estabeleceu, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário¹⁹.

Pode-se dizer, portanto que qualquer tentativa infraconstitucional de limitar o amplo acesso à justiça incorreria em inconstitucionalidade, baseada na hierarquia das leis proposta pela Pirâmide de Kelsen.

Em comparação com as anteriores, a Constituição Federal de 1988 traz a inovação de proteger não apenas o direito individual violado, mas como também a sua ameaça e amplia sua abrangência a proteção dos direitos coletivos.

Ao assegurar o devido processo legal, a Constituição Federal de 1988 garante a chamada “jurisdição administrativa”, que prevê o contraditório e a ampla

¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 617.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34ªed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 128.

defesa no processo e os meios e recursos a ela inerentes. Porém, no atual ordenamento o processo administrativo não pode servir de obstáculo para que o cidadão tenha acesso ao Poder Judiciário. Sua pretensão pode ser rediscutida caso haja demonstração de possível lesão a direito, sem que seja necessária sua certeza.

2.4. EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL:

A Constituição Federal de 1988 prevê apenas uma exceção ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, qual seja a Justiça Desportiva, em que se deve esgotar a via administrativa em casos que envolvam competições desportivas.

O texto constitucional prevê que questões relacionadas diretamente a conflitos esportivos, envolvendo clubes e atletas federados, às federações ou confederações, devem ser submetidas perante a própria justiça desportiva previamente, para que, somente após o esgotamento desta via, a matéria possa ser levada ao Poder Judiciário (Art. 217, §1º, CF/88: “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se às instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei”).

Porém, em alguns casos, é constitucional que ocorra a limitação do acesso à justiça mediante prévio requerimento ou exaurimento da via administrativa, como é o caso do Habeas Data, que, para que haja possibilidade de se entrar em juízo é preciso que haja a comprovação de negação por parte do Poder Público em disponibilizar a informação pretendida e no caso de ato administrativo ou omissão da Administração Pública que contrarie súmula vinculante, que só pode chegar a conhecimento do STF após prévio exaurimento da via administrativa, conforme disposto no artigo 7º, §1º da Lei nº 11.417/2006 (contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas).

2.5. LIMITES DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA – OU VIA ADMINISTRATIVA E VIA JUDICIAL:

A Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, inciso LV, (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes) assegura os princípios do contraditório e da ampla defesa tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial.

A professora Maria Sylvia Di Pietro nos ensina que há muitas semelhanças entre as duas esferas, pois:

Em ambas as esferas o processo constitui instrumento, forma e modo de proceder. Ambos são processos de aplicação da lei e estão sujeitos ao princípio da legalidade, do formalismo, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da motivação, da publicidade, da economicidade processual, da duração razoável do processo, da segurança jurídica, este último servindo de fundamento às regras que impõe respeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como aos prazos de prescrição e decadência, além das regras legais sobre preclusão²⁰.

A via judicial se dá por iniciativa de uma das partes envolvidas no litígio que necessita da intervenção de um terceiro imparcial para aplicar a lei e resolver o conflito em questão, o juiz. Pode se destacar que se trata de uma relação triangular, onde é assegurada igualdade de oportunidades para ambas as partes. Por ser o Estado inerte a pretensão, devendo agir somente quando provocado, há a necessidade do pagamento de custas judiciais.

Já a via administrativa pode ser considerada uma relação bilateral, pois pode ser provocada pelo interessado ou pela própria Administração Pública. Nessa via, a Administração age como parte diretamente interessada no conflito. Ela atua com base em seus próprios interesses dentro dos limites que lhes são impostos, por isso esta via possui a prerrogativa de ser gratuita e, pelo mesmo motivo, há impossibilidade de proferir decisões que formem coisa julgada, podendo ser revistas pelo Poder Judiciário, o qual proferirá o controle de legalidade e mérito das decisões administrativas.

Diferente de um processo no âmbito judicial, que possui ampla e minuciosa regulamentação sobre seus trâmites, o processo no âmbito administrativo possui

²⁰ PIETRO, Maria Sylvia Di. Princípios do processo judicial no processo administrativo. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Acesso em: 01/07/2019.

regulamentação espalhada por todo o ordenamento jurídico. Isso resulta na não rigidez do procedimento, pois “sua forma e formalidade só devem ser impostas na medida necessária e suficiente para que a atuação da Administração Pública atinja os seus fins, em especial a garantia dos direitos dos Administrados”²¹.

Porém, apesar da existência de uma regulamentação mínima existente, ainda pode ser considerado um âmbito negligenciado pelo próprio Poder Público e pelos doutrinadores, como pode ser explicado por Celso Antônio Bandeira de Melo:

O tema do procedimento administrativo – que é, como se verá, dos mais importantes como instrumento de garantia dos administrados ante as prerrogativas públicas - tem despertado pouca atenção dos nossos doutrinadores. Ocorre que, até bem pouco, não havia uma lei geral sobre processo ou procedimento administrativo, nem na órbita da União, nem na dos Estados ou Municípios. Existiam apenas normas esparsas, concernente a um ou outro procedimento que, por certo, explica, ao menos em parte, esta discrição sobre o tema²².

Uma maior atenção dada ao procedimento administrativo seria capaz de efetivar plenamente os princípios do contraditório e da ampla defesa, assim como dar mais eficiência na resposta oferecida pela Administração para tais demandas. Em consequência disso poderia ser evitado um número excessivo de processos judiciais em situações que poderiam ser resolvidas facilmente no âmbito administrativo. Não pela obrigatoriedade de se acessar a via administrativa, mas sim pela eficácia e eficiência que esta poderia atingir.

Nesse contexto surge a questão da obrigatoriedade ou da necessidade de esgotamento da via administrativa como condição para ingresso no Judiciário. Quando o administrado (pessoa física ou jurídica) abre mão do procedimento administrativo para postular em juízo diretamente, em alguns casos, acaba por deixar o Poder Judiciário extremamente carregado de processos simples cujo mérito poderia ser facilmente discutido na via administrativa de maneira muito mais célere.

²¹ PIETRO, Maria Sylvia Di. Princípios do processo judicial no processo administrativo. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Acesso em 01/07/2019.

²² MELO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. Malheiros Editores, 2010, p. 486.

CAPÍTULO 3. NECESSIDADE OU NÃO DO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA.

O prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. Embora ambos resultem na flexibilização do acesso direto ao Poder Judiciário, são institutos diferentes.

Requerimento administrativo é o pedido inicial da concessão de um direito da parte a um órgão que não o Judiciário. Já o exaurimento significa o esgotamento da via administrativa pela efetiva utilização de todos os recursos cabíveis.

A exigência de prévio requerimento administrativo é fundada sob o aspecto da necessidade e adequação, que consiste demonstrar a necessidade de atuação do Estado-Juiz para a concretização do direito em questão quando, por exemplo, houver negativa de algum órgão estatal em fornecer qualquer tipo de informação pertinente à pessoa que a solicita.

Conforme Daniel Hilário a exigência de prévio requerimento administrativo:

(...) não se trata de negação de acesso ao Poder Judiciário, como direito fundamental inscrito no artigo 5º da Constituição Federal, mas sim, de ausência de condição necessária para a própria existência da demanda.

(...)

Agindo desta forma, o Poder Judiciário exercerá então sua típica função de controle dos atos administrativos praticados pelos demais órgãos estatais, atuando pontualmente quando exigido²³.

Por outro lado, o exaurimento foi tratado nas constituições anteriores e durante períodos autoritários, onde se buscou limitar o exame pelo Poder Judiciário de certos atos administrativos, como por exemplo, o Ato Institucional nº 05 de 1968 editado na época do Regime Militar, o qual determinou a exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário de todos os atos praticados pelo comando na época, bem como a Emenda Constitucional nº 7/77 que implementava a obrigatoriedade do esgotamento da instância administrativa.

²³ HILÁRIO, Daniel. Artigo. Desnecessidade de Exaurimento da Via Administrativa não deve ser confundida com o Requerimento Administrativo. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www2.servidor.adv.br/clippings/desnecessidade-de-exaurimento-da-via-administrativa-nao-deve-ser-confundida-com/3105> Acesso em: 08/07/2019.

Frisa-se que a Súmula 213/TFR (o esaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária), a Súmula 89/STJ (a ação acidentária prescinde do esaurimento da via administrativa), e a Súmula 9/TRF3 (em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio esaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação) foram editadas tendo em vista a não reprodução do disposto no art. 153, §4º, da Constituição anterior (na redação dada pela EC 7/77), pela Constituição Federal de 1988.

Nota-se pelos exemplos em destaque que, no Brasil, nem sempre o indivíduo teve o direito de acesso ao Poder Judiciário livre e desimpedido de qualquer condição prévia.

A Constituição Federal de 1988, prestigiando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consolidou entendimento no sentido de que nenhuma lei poderá impor limitações ao direito de ação do cidadão e seu acesso à justiça, o que, em tese, torna inconstitucional qualquer medida que obrigue o prévio esaurimento da via administrativa antes de poder entrar com ação em juízo.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é de tal importância que sua existência teve reflexos quando da edição do Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 140 e 373²⁴ os quais não permitem que o juiz deixe de julgar qualquer causa que seja. O princípio também está na LINDB – Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro e também estava previsto no Código de Processo Civil de 1973.

Porém, o preceito da inafastabilidade da via judicial vem sofrendo uma relativização em sua aplicação pelos membros (magistrados) do Poder Judiciário.

²⁴ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. Art. 373. (...) §1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. §2º A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A mudança de paradigma, por exemplo, é notada quando da necessidade de se impetrar ações previdenciárias, que atualmente só permite ao beneficiário o acesso à justiça para pleitear seu benefício mediante negativa do INSS em prévio requerimento administrativo.

Conforme julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 631.240/MG de 03/09/2014, a 1ª turma do STF com relatoria do Ministro Roberto Barroso afirma que:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE DE AGIR.

VOTO:

SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

1. Discute-se neste recurso a **constitucionalidade da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para propositura de ações judiciais previdenciárias**, à luz das cláusulas da separação dos Poderes e da inafastabilidade da jurisdição. Tal exigência é comumente formulada a título de comprovação do interesse em agir, condição da ação que se refere à necessidade da prestação jurisdicional.

2. O tema pode ser inserido numa discussão mais ampla, atinente à constitucionalidade das condições da ação. Em outros termos: **a exigência de alguns requisitos para o regular exercício do direito de ação é compatível com a garantia de amplo acesso ao Poder Judiciário?** [grifou-se].

I. CONSTITUCIONALIDADE DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

3. A jurisprudência desta Corte sempre afirmou que **decisões extintivas de processos por ausência de condições da ação não violam a inafastabilidade da jurisdição**. Nesse sentido: [grifou-se]

“Execução fiscal. - Inexistem as alegadas ofensas ao artigo 5º, XXXV, da Constituição, porquanto, por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir, não se pode pretender, sob o fundamento de não ser cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário, ou haja violado o artigo 156, I, da Constituição que instituiu, em favor dos municípios, o IPTU. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 287.154, Rel. Min. Moreira Alves, j. 09.10.2001 – destaques acrescentados).

4. Isto porque, segundo a doutrina (Luiz Guilherme Marinoni, Teoria geral do processo, 2013, p. 191/192), as condições incidem não propriamente sobre o direito de ação – exercido sempre que se provoca o Judiciário –, mas sim sobre o seu regular exercício, o que é necessário para um pronunciamento de mérito. Já decidiu este Tribunal:

“I. RE: prequestionamento: falta suprida por embargos de declaração, ainda quando sobre o ponto não se haja manifestado a decisão que os rejeitou: Súmula 356 (cf. RE 210638, 22.04.98, Pertence, Inf. 107; RE 219934, Pl., Gallotti, 14.06.00). II. RE: processo trabalhista: prequestionamento. Quando o acórdão objeto do RE tenha sido proferido no recurso de revista, exige a jurisprudência do Tribunal que o questionamento da matéria constitucional

já esteja presente na interposição daquele recurso trabalhista; é orientação inaplicável à hipótese de decisão de segundo grau, que, de ofício, extingue o processo sem julgamento de mérito por ausência de pressupostos processuais ou de condições de ação (C.Pr.Civ., art. 267, IV, V e VI, e § 3º), caso em que os embargos de declaração constituem a primeira oportunidade para agitar a questão constitucional. **III. Garantia da jurisdição: alcance. O art. 5º, XXXV, assegura o acesso à jurisdição, mas não o direito à decisão de mérito, que pende - é um truísmo - de presença dos pressupostos do processo e das condições de ação, de regra, disciplinados pelo direito ordinário.** IV. Garantia do contraditório e da coisa julgada. Não configura cerceamento de defesa o julgamento contrário à parte litigante da questão que - conforme a inteligência dada à lei processual ordinária - o Tribunal possa decidir de ofício; pela mesma razão, contra uma decisão que, malgrado não objeto do recurso, no ponto, nele mesmo pode ser revista de ofício, é manifesta a impossibilidade de invocar-se a preclusão e, muito menos, a proteção constitucional da coisa julgada.” (RE 273.791, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.08.2000 – destaques acrescentados).

5. Assentada a constitucionalidade em tese das condições da ação – legitimidade para a causa, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido – , faz-se a seguir uma breve nota teórica sobre o interesse em agir, para em seguida relacioná-lo ao prévio requerimento administrativo.
(...)

III. INTERESSE EM AGIR E PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO

12. A exigência de prévio requerimento administrativo liga-se ao interesse processual sob o aspecto da necessidade. **Seria isto compatível com o preceito segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CRFB/1988, art. 5º, XXXV)?** [grifou-se]
(...)

Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem adotado o mesmo entendimento para os casos de ação de exibição, quando, por exemplo, a parte interessada pede para o Banco (réu) exibir o contrato existente entre eles em juízo. Nota-se que em ambos os casos o prévio requerimento administrativo passa a ser uma “condição da ação”, pois os magistrados têm extinguido os processos por falta de interesse de agir.

REsp 1304736/RS. 24/02/2016. Segunda seção.

Ministro Relator: Luis Felipe Salomão.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CREDISCORE. INTERESSE DE AGIR. DEMONSTRAÇÃO DE QUE A RECUSA DE CRÉDITO OCORREU EM RAZÃO DA FERRAMENTA DE SCORING, ALÉM DE PROVA DO REQUERIMENTO PERANTE A INSTITUIÇÃO RESPONSÁVEL E SUA NEGATIVA OU OMISSÃO.

1. A Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.419.697/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos, definiu que, no tocante ao sistema scoring de pontuação, “apesar de desnecessário o

consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas" (REsp 1419697/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014).

2. Assim, há interesse de agir para a exibição de documentos sempre que o autor pretender conhecer e fiscalizar documentos próprios ou comuns de seu interesse, notadamente referentes a sua pessoa e que estejam em poder de terceiro, sendo que "passou a ser relevante para a exhibitória não mais a alegação de ser comum o documento, e sim a afirmação de ter o requerente interesse comum em seu conteúdo" (SILVA, Ovídio A. Batista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 2009, fl. 376).

3. Nessa perspectiva, vem a jurisprudência exigindo, sob o aspecto da necessidade no interesse de agir, a imprescindibilidade de uma postura ativa do interessado em obter determinado direito (informação ou benefício), antes do ajuizamento da ação pretendida.

4. Destarte, para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: "Em relação ao sistema credit scoring, o interesse de agir para a propositura da ação cautelar de exibição de documentos exige, no mínimo, a prova de: i) requerimento para obtenção dos dados ou, ao menos, a tentativa de fazê-lo à instituição responsável pelo sistema de pontuação, com a fixação de prazo razoável para atendimento; e ii) que a recusa do crédito almejado ocorreu em razão da pontuação que lhe foi atribuída pelo sistema Scoring".

5. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

Tese Jurídica:

Em relação ao sistema "credit scoring", o interesse de agir para a propositura da ação cautelar de exibição de documentos exige, no mínimo, a prova de: i) requerimento para obtenção dos dados ou, ao menos, a tentativa de fazê-lo à instituição responsável pelo sistema de pontuação, com a fixação de prazo razoável para atendimento; e ii) que a recusa do crédito almejado ocorreu em razão da pontuação que lhe foi atribuída pelo sistema "scoring".

REsp 1349453/MS. 10/12/2014. Segunda seção.

Ministro Relator: Luis Felipe Salomão.

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

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

2. No caso concreto, recurso especial provido.

Tese Jurídica:

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

AgInt no AREsp 1403993/SP. 26/03/2019. T4 - Quarta Turma.

Ministro Relator: Marco Buzzi.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AUTOR.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, nas ações de exibição de documentos, a ausência de prévio requerimento administrativo denota a ausência de interesse de agir. Precedentes.

2. (...)

3. No caso em tela, restou consignado pelas instâncias ordinárias, com base no acervo fático-probatório, que o manejo da presente ação não foi precedido de requisição administrativa dos documentos pleiteados e que não houve pretensão resistida por parte da requerida. A revisão de tais premissas esbarra no óbice contido na Súmula 7/STJ. Precedentes.

4. Agravo interno desprovido.

O novo Código de Processo Civil não mais utiliza a expressão condição da ação, a qual se pode conceituar como o interesse processual (art. 330 do CPC/15: “A petição inicial será indeferida quando: (...) III. O autor carecer de interesse processual”) consubstanciado na necessidade de o autor ir a juízo e na utilização da prestação jurisdicional sob o ponto de vista prático são as condições mínimas para se entrar em juízo.

O interesse de agir nas palavras de Liebman²⁵ decorre:

(...) da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido

²⁵ Cf. LIEBMAN, Enrico T. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, DINAMARCO, Cândido R. (trad.), Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 155.

fosse em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei. Naturalmente, o reconhecimento da ocorrência do interesse de agir ainda não significa que o autor tenha razão: quer dizer apenas que o seu pedido se apresenta merecedor de exame. Ao mérito, e não ao interesse de agir, pertence toda e qualquer questão de fato e de direito relativa à procedência do pedido, ou seja, à juridicidade da proteção que se pretende para o interesse substancial.

Portanto, o interesse de agir está ligado à necessidade de jurisdição e a adequação do meio escolhido para provoca-la. O que deve ser questionado é a maneira que o interesse de agir pode ser demonstrado ou provado processualmente, o que não se mostra uma tarefa fácil, para um segurado especial rural do INSS, por exemplo. Que após enfrentar longas filas recebe apenas uma negativa verbal do funcionário do órgão e sugere que a parte “procure seus direitos no judiciário”.

Este tema se pacificou com o RE 631.240/MG, o qual determinou a obrigatoriedade de prévio requerimento administrativo neste tipo de situação. O que pode ser considerada como uma relativização do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ocorrida nos Tribunais Superiores.

CAPÍTULO 4. CASO CONCRETO²⁶

4.1. O CASO E SEUS DESDOBRAMENTOS.

O caso a ser analisado ocorreu no ano de 2016 quando Naomi²⁷, que já havia feito toda a sua graduação na UnB mediante o sistema de cotas, consegue sua aprovação em concurso público.

Naomi, prestou concurso público para o cargo de Economista nos termos do Edital nº 01/MP/ENAP, de 12/06/2015, por meio do qual concorreu à vaga para candidatos negros ou pardos, em conformidade com o disposto na Lei nº 12.990/2014, tendo se autodeclarado parda e sua inscrição sido deferida em 24/08/2015.

²⁶ Processo nº 62143-83.2016.4.01.3400.

²⁷ Será utilizado nome fictício para proteger a identidade das partes.

Naomi logrou o 7º lugar na ampla concorrência para o cargo de Economista e o 1º lugar entre os candidatos negros ou pardos. O resultado do referido concurso foi homologado em 10/12/2015. No dia 30 do mesmo mês saiu sua nomeação e, no dia 06/01/2016, Naomi foi empossada e entrou em exercício.

Após 06 meses trabalhando em seu almejado cargo, não só Naomi, como todos os servidores já nomeados que se autodeclararam negros ou pardos foram convocados, por meio do Edital nº 03/MP/ENAP, de 30/05/2016, para um procedimento de verificação da condição declarada para concorrer às vagas reservadas às cotas.

Durante este novo procedimento de verificação, os já servidores empossados foram submetidos a uma banca examinadora formada por representantes do movimento negro no Brasil, que fizeram a avaliação por meio de videoconferência.

Essa nova banca de examinadores, declarou que Naomi não se enquadrava como negra e, sendo assim, deveria ser excluída do certame e ter anulada sua posse.

Assim que tomou conhecimento da decisão da nova banca, Naomi procurou imediatamente um escritório de advocacia para evitar a anulação de sua posse o que permitiria a mesma continuar trabalhando enquanto discutia o mérito da demanda via Judiciário.

4.2. ANÁLISE DO CASO.

Em um primeiro momento, o advogado contratado resolveu entrar com pedido de reconsideração administrativamente junto ao órgão em que a servidora estava lotada e exercendo suas atividades laborais, qual seja o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG).

O pedido foi enviado para a Coordenação de Gestão de Pessoas (COGEP) e, ato contínuo distribuído para a Advocacia Geral da União (AGU) em 21/11/2016 que respondeu desfavoravelmente ao pleito em 22/11/2017.

A poucos dias de perder o cargo e ficar desempregada, Naomi indagou seu advogado a respeito da possibilidade de se entrar com Mandado de Segurança preventivo ou uma ação autônoma com pedido de antecipação de tutela para se manter no cargo, pois tinha notícias de que outros que estavam em situação semelhante haviam conseguido a liminar que garantia a manutenção do emprego.

Ocorre que, o advogado indagou da necessidade de se esgotar a instância administrativa. Disse que iria recorrer ao Ministro e, somente após a resposta final do órgão, é que entraria com uma ação junto ao Poder Judiciário.

A justificativa apresentada pelo escritório de advocacia que a atendeu para a não impetração de mandado de segurança antes do exaurimento da via administrativa foi a de que “juízes de primeiro grau estariam adotando esta prática e dando a fundamentação de falta de interesse de agir caso a via administrativa não fosse devidamente esgotada”²⁸.

Esta atitude resultou na perda do cargo e exclusão do nome da Naomi do concurso público. Pois, quando o escritório entrou com a ação na Justiça, o processo foi distribuído a um juiz que declinou da competência e não analisou o pedido liminar.

Passados quase 02 (dois) anos da data em que Naomi perdeu seu emprego conseguiu retornar ao trabalho por meio de liminar concedida em agravo de instrumento e até o momento continua discutindo o mérito da demanda junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Indaga-se: O advogado agiu certo quando resolveu esgotar a instância administrativa? Isso realmente seria necessário? E os juízes estão corretos em declarar a falta de interesse de agir em todos os casos? Seria uma relativização do direito de acesso à justiça?

²⁸ Não há entendimento jurisprudencial pacificado neste sentido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais o princípio da inafastabilidade é um preceito importantíssimo garantidor de direitos fundamentais, e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária e à promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, expressos na Constituição Federal de 1988 em seu art. 3º, incisos I e IV.

É fato que a Constituição Federal de 1988 que vigora até os dias atuais, afastou a denominada jurisdição administrativa de curso forçado ou jurisdição condicionada e garantiu aos cidadãos o direito de acesso à justiça, onde o Estado, por ter o monopólio da jurisdição, garantirá uma resposta justa, célere, efetiva e adequada, mediante a lesão a um direito, ou mesmo diante da potencial ameaça a um direito garantido.

Assim, como já ressaltado neste trabalho, qualquer exigência de prévio esgotamento de via administrativa, para a propositura de ação judicial ofende diretamente o princípio da inafastabilidade do controle judicial, cuja única exceção prevista é a de litígios de competência da chamada “justiça desportiva”.

É fato que a lei infraconstitucional pode elencar recursos administrativos para todos os tipos de órgãos, mas sempre será apenas uma opção, sem nenhum tipo de obrigatoriedade para o reclamante que busca a correção de uma decisão sem que o particular precise ingressar com uma nova ação judicial. Caso fosse obrigatório, ensejaria afronta direta a Lei Maior, pois iria de encontro à mesma.

Esta nova postura adotada pelos magistrados vem atingindo diretamente a forma de atuação dos advogados que, conforme visto no caso da Naomi, tem preferido esgotar a instância administrativa, mesmo correndo risco de causar dano ao cliente, do que acessar diretamente o Poder Judiciário e ter a inicial indeferida nos termos do artigo 330, III do CPC/2015 (“A petição inicial será indeferida quando: III – o autor carecer de interesse processual”).

Nota-se que o advogado de Naomi não agiu corretamente, pois, a mesma ficou 02 (dois) anos desempregada até que conseguisse voltar para o cargo público anteriormente ocupado. É fato que o esgotamento da via administrativa acabou resultando em um grande prejuízo para a demandante.

Ademais, entende-se que o requisito do interesse processual, que se refere sempre à utilidade que o provimento jurisdicional pode trazer ao demandante, encontrava-se plenamente comprovado nos autos conforme tudo o que foi exposto no capítulo anterior.

No caso apresentado poderia ter sido exigido apenas o prévio requerimento da via administrativa, quando a AGU já indeferiu o pleito da Naomi, e não seu completo esgotamento. Assim, Naomi poderia discutir o mérito do processo tendo seu direito de permanecer no cargo resguardado, e livre de sofrer maiores prejuízos, decorrentes da espera em esgotar esta via.

O que nos leva a concluir pela ocorrência da relativização do princípio e do direito de acesso à justiça, bem como do (re) avivamento da instância administrativa de curso forçado.

Por fim, é possível concluir, sem análise das possíveis consequências adjacentes, que toda a mudança no sentido apresentado neste trabalho gera violação grave e direta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois a exceção a esta regra existe, é única e encontra-se expressa na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

Cf. LIEBMAN, Enrico T. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, DINAMARCO, Cândido R. (trad.), Rio de Janeiro: Forense, 1984. Cit. p. 155.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie. *Direito à inafastabilidade do poder judiciário*. Salvador: Revista Jurídica Unifacs, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ªed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios: conceitos e distinções. Teresina: *Revista Jus Navegandi*, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2527>. Acesso em 03/05/2019.

HILÁRIO, Daniel. Artigo. Desnecessidade de Exaurimento da Via Administrativa não deve ser confundida com o Requerimento Administrativo. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www2.servidor.adv.br/clippings/desnecessidade-de-exaurimento-da-via-administrativa-nao-deve-ser-confundida-com/3105>.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Impetus, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MELO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. Malheiros Editores, 2010.

MONTESQUIEU, Charles Sevondat Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Marins Fontes, 1993.

MORAES, Daniela Marques de. *A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34ªed. São Paulo: Atlas, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Di. Princípios do processo judicial no processo administrativo. *Revista Consultor Jurídico*, 2015.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Teoria Geral do Processo*. Editora Atlas, São Paulo: 2018.