

MANDADO DE SEGURANÇA E RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA

MANDAMUS Y RECLAMACIÓN CONSTITUCIONAL: NECESIDAD DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Márcia Walquiria Batista dos Santos¹

RESUMO: Este trabalho propõe a rediscussão da necessidade de provocação prévia da esfera administrativa e/ou a espera do seu exaurimento, como requisito para acesso à tutela jurisdicional, buscando demonstrar a nova interpretação que poderá ser concebida a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Exaurimento da Via Administrativa. Tutela Jurisdicional. Condições da Ação. Mandado de Segurança. Reclamação Constitucional.

RESUMEN: Este trabajo propone a rediscusión de la necesidad de provocación previa de la vía administrativa y/o esperar de su agotamiento, como requisito para el acceso a los tribunales, tratando de demostrar la nueva interpretación que puede ser concebido por el efecto del Nuevo Código de Proceso Civil.

PALABRAS-CLAVE: El agotamiento de la vía administrativa. Tutela Jurisdiccional. Condiciones de la Acción. Amparo. Reclamación Constitucional.

¹ Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Procuradora Jurídica da Universidade de São Paulo. Professora Titular de Direito Administrativo no Centro de Ensino Superior de São Gotardo. Professor do Programa de Mestrado em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais junto à Escola Paulista de Direito (EPD). Diretora Acadêmica do IBEGESP. E-mail: livro_dae@hotmail.com.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

INTRODUÇÃO

No passado, a discussão sobre a necessidade de provocação prévia da esfera administrativa e a espera do seu exaurimento, como requisito para iniciar uma demanda, ganhou diversos contornos.

De um lado, os que alegaram a inconstitucionalidade da exigência. Nessa esteira, os que, apesar de concordarem ser inconstitucional a exigência, entendiam que faltaria uma das condições da ação, nesse caso o *interesse de agir*, o que, em tese, levaria o autor a ser considerado carente de ação.

De outro lado, há os que, fundamentados na redutibilidade da norma constitucional, mesmo sem haver cláusula expressa de redutibilidade, entenderam que as condições da ação devem ser cumpridas para que a tutela jurisdicional seja deferida, e entre elas se situaria a provocação prévia e o exaurimento da esfera administrativa. Ainda houve os que, embora manifestassem seu aceite por essa posição, sustentaram que ela não pode ser utilizada ao extremo, de forma a impedir o acesso à tutela jurisdicional, sob pena de inconstitucionalidade.

Este trabalho, analisando todos esses olhares, procurará revisitar o tema, buscando apresentar a melhor hipótese interpretativa possível.

1 DIREITO CONSTITUCIONAL DE AÇÃO

Através de uma causa patrocinada pelo jurista Arruda Alvim, representando o Município de Diadema/SP, julgada dez anos após a promulgação da Constituição de 1988, a Suprema Corte brasileira teve a oportunidade de, por unanimidade, se manifestar no sentido de estabelecer a distinção entre o direito constitucional de petição² e o direito constitucional de ação³, colocando o direito de petição como gênero, do qual o direito de ação seria espécie, e, apontando para

² Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

³ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

esta espécie, a necessidade de haver jurisdição para que se possa falar em direito de ação⁴.

Ainda há quem distinga o direito de ação de natureza constitucional e o direito de ação de natureza processual. O primeiro seria “a faculdade de exigir a prestação do Estado, assegurado a todos e de caráter extremamente genérico”⁵. Já o segundo consistiria na possibilidade de obtenção de uma sentença de mérito.

Tradicionalmente, o direito de ação perpassa pela necessária comprovação por parte do autor de que ele é possuidor das condições da ação, tendo em vista que elas são encaradas como requisitos para que o juiz possa apreciar o mérito. A ausência de qualquer uma delas pode levar o processo à sua extinção sem julgamento do mérito, pelo que é conhecido como carência de ação. O autor se queda carente, justamente porque não conseguiu demonstrar os 3 (três) requisitos firmados pelo Código de Processo Civil vigente, art. 267, VI⁶. Esses pressupostos, absorvidos para o Código de Processo Civil em 1973, da doutrina do italiano Enrico Tullio Liebman⁷, que pontificou

são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer). Só quando estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação.

⁴ “Não se opõem os princípios a que, à parte interessada no cumprimento de ordem ou decisão judiciária, se faculte provocar o tribunal competente a requisitar a intervenção estadual ou federal, conforme o caso: *mas* a iniciativa do interessado nesse caso não é exercício do direito de ação, sim, de petição (CF, art. 5º, XXXIV): não há jurisdição – e, logo, não há causa, pressuposto de cabimento de recurso extraordinário – onde não haja ação ou, pelo menos, requerimento de interessado, na jurisdição voluntária: dessa inércia que lhe é essencial, resulta que não há jurisdição, quando, embora provocado pelo interessado, a deliberação requerida ao órgão judiciário poderia ser tomada independentemente da iniciativa de terceiro: **é o que sucede quando - embora facultada - a petição do interessado não é pressuposto da deliberação administrativa ou político-administrativa requerida ao órgão judiciário, que a poderia tomar de ofício. 3. O caráter vinculado de uma competência administrativa não transforma em jurisdição o exercício dela; nem o faz a estrutura contraditória emprestada ao processo administrativo que a tenha precedido, por iniciativa do interessado.**” (Petição 1.256, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-11-1998, Plenário, DJ de 4-5-2001.) (negrito nosso)

⁵ AZEVEDO, Eurico de Andrade. **A Exaustão da Via Administrativa como Condição da Ação** in: Revista de Direito Administrativo, n.º 152, abr./jun. de 1983. Rio de Janeiro: FGV; p. 17.

⁶ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. (Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco à 4ª edição italiana, do Manuale di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffrè. 1980). São Paulo: Malheiros. 2005; p. 203.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

Para o autor, estas condições, poderiam ser definidas também como “condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta (concreta *fattispecie*) deduzida em juízo”.

Alguns desavisados poderiam afirmar que, como o direito de petição e o princípio da inafastabilidade do controle judicial⁸, ambos previstos entre o rol de direitos e garantias individuais constantes no art. 5º, teriam aplicabilidade imediata - em virtude do que preleciona o §1º do mesmo artigo⁹ - e que devido a este fato, não se subordinariam a restrições oriundas das condições da ação. Outros podem afirmar ser, o mesmo, cláusula pétrea¹⁰, e que, como não estariam sujeitas a insurgência do legislador constitucional, com muito mais razão o legislador infraconstitucional não poderia fixar restrições a plenitude do direito de petição. Tais afirmações, entretanto, não encontram amparo na melhor doutrina constitucional.

José Afonso da Silva¹¹ ressalva que o art. 5º, §1º, ao estatuir a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, também abrangeria “as normas que revelam os direitos sociais, nos termos do art. 6º a 11” e que a própria Constituição “faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos.”. Para o autor, “as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais” e as garantias a esses direitos, “seriam de eficácia contida e aplicabilidade imediata”. Ainda em sua análise, as normas que definem os direitos

⁸ Se partirmos para uma interpretação meramente literal do art. 5º, inciso XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), poder-se-ia chegar a conclusão de que não cabe qualquer óbice ao direito de ação junto ao Poder Judiciário brasileiro. Não obstante, já é consagrada na doutrina a divisão entre normas constitucionais de eficácia plena, limitada e redutível. Desta doutrina decorre que a *redutibilidade da norma constitucional independe de cláusula expressa de redutibilidade*, o que se permite que até normas de eficácia plena possam ter a sua aplicabilidade condicionada a determinados fatores, de forma que qualquer direito constitucional, por não haver direito absoluto, pode ter sua aplicabilidade moderada. Vide doutrina Clássica de José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2008.).

⁹ Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁰ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2008; p. 165.

sociais, em regra tendem a ser de eficácia contida, e em algumas situações, onde elas mencionam uma lei integradora, apresentar-se-iam como de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

Sem embargo, a pergunta que ele mesmo responde, é “em face dessas normas, que valor tem o disposto no §1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata?” A resposta não tem como ser somente uma, e o autor as apresenta:

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

Para realizar uma ponderação, o autor deixa uma importante advertência, a de “que as regras de contenção da eficácia daquelas normas não podem ir ao ponto de suprimir as situações subjetivas em favor dos governados. Essa contenção só pode atuar circunstancialmente, não de modo contínuo. Isso seria ditadura.”¹²

Desta forma, apesar dos efeitos serem plenos, as normas de eficácia contida, podem ter o seu alcance restringido, havendo ou não cláusula expressa de redutibilidade, pois se não houver, já é consensual na doutrina que, em virtude dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, as normas constitucionais, mesmo as de eficácia plena não teriam caráter absoluto, podendo ter seu alcance reduzido¹³; inclusive, essa é a posição do STF. Veja-se:

Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, ao contraditório e à ampla defesa, não são absolutos e não de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais. (AI 152.676-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 15-9-1995, Primeira Turma, DJ de 3-11-1995.)

¹² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2008; p. 173.

¹³ Por todos: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 7. Ed. São Paulo: Saraiva. 2010; 145-146.

Evidentemente é o que aconteceu com os incisos XXXIV, “a” e XXXV do art. 5º da Constituição. Em outras oportunidades, o STF se posicionou no sentido de que as garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário não poderiam ser invocadas, de forma genérica, para exonerar qualquer dos sujeitos processuais do dever de observar as exigências que condicionam o exercício do direito de ação, pois onde há jurisdição, a contrapartida é o respeito aos pressupostos e os requisitos fixados pela legislação processual comum¹⁴.

Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell¹⁵, ao comentar as condições da ação e sua relação com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, firma as seguintes lições:

Poderia soar paradoxal que, estabelecida a inafastabilidade da tutela jurisdicional pela Constituição (art. 5º, XXXV), viesse depois lei a estabelecer requisitos ali não previstos. Mas, vistas as condições da ação em sua correta perspectiva de coordenação entre direito processual e direito material, e sempre reafirmando o caráter instrumental da ação, não há paradoxo nem conflito. Quando se exercita a posição ampla e genérica garantida pela Constituição, propõe-se uma demanda que, necessariamente, envolverá determinados sujeitos, fatos e fundamentos jurídicos e um pedido. Portanto, não há como ingressar em juízo sem essa ligação concreta com o plano substancial, no qual, afinal de contas, está a crise a ser superada.

Todavia, se os requisitos colocados para se alcançar as condições da ação forem desproporcionais, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a sua

¹⁴ "O direito de petição, fundado no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição, não pode ser invocado, genericamente, para exonerar qualquer dos sujeitos processuais do dever de observar as exigências que condicionam o exercício do direito de ação, pois, tratando-se de controvérsia judicial, cumpre respeitar os pressupostos e os requisitos fixados pela legislação processual comum. A mera invocação do direito de petição, por si só, não basta para assegurar à parte interessada o acolhimento da pretensão que deduziu em sede recursal." (AI 258.867-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-9-2000, Segunda Turma, DJ de 2-2-2001).

"As garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do que preceitua o direito processual (art. 5º, XXXIV, a, e XXXV, da CB/1988)." (Pet 4.556-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-6-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009.) Vide também: AI 258.867-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-9-2000, Segunda Turma, DJ de 2-2-2001; AI 258.910-AgR, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 6-6-2000, Primeira Turma, DJ de 18-8-2000.

¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. I**. São Paulo: Marcial Pons. 2014; p. 261.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

exclusão, não só apenas em relação à tutela jurisdicional¹⁶, mas inclusive no âmbito do processo administrativo, como já ocorre em relação à exigência de depósito como pressuposto para admissibilidade de recurso administrativo. A posição do STF tem sido a de garantir o direito constitucional de petição, ou seja, o direito ao recurso administrativo¹⁷, inclusive já tendo sido exauriente essas discussões em virtude da edição da Súmula Vinculante n.º 21¹⁸.

Nessa perspectiva, pode-se até afirmar que há uma indisposição do STF em relação à exigência de depósito prévio como pressuposto do direito de petição, tendo, inclusive, a Corte Constitucional já sumulado pela sua inconstitucionalidade

¹⁶ Cândido Rangel Dinamarco, em nota de atualização n. 125 da obra de Enrico Tullio Liebman, infirma que há diferença entre direito de ação e direito à tutela jurisdicional, onde, segundo o autor esta última “tem uma amplitude menor que aquele, dependendo não só da presença dos requisitos para obter uma sentença, mas sendo também necessário que o sujeito esteja amparado pelo direito material. Esse tópico associa-se à assertiva (...) de que só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. (Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco à 4ª edição italiana, do Manuale di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffrè. 1980) São Paulo: Malheiros. 2005; pp. 200-201.). O próprio Liebman categoricamente já sustentava que “naturalmente, só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor o reconhecimento desta em juízo consiste em permitir que todos tragam suas demandas aos tribunais, incumbindo a estes a tarefa de examiná-las e afinal acolhê-las ou rejeitá-las, conforme sejam procedentes ou improcedentes. Esse direito (“de agir”) goza da garantia constitucional (...)”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. (Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco à 4ª edição italiana, do Manuale di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffrè. 1980) São Paulo: Malheiros. 2005; p. 195.).

¹⁷ “A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.” (RE 388.359, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 28-3-2007, Plenário, DJ de 22-6-2007.) No mesmo sentido: ADPF 156, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-8-2011, Plenário, DJE de 28-10-2011; AI 639.805-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 31-8-2010, Primeira Turma, DJE de 22-11-2010; RE 346.882-ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 6-4-2010, Segunda Turma, DJE de 23-4-2010; AI 398.933-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-4-2007, Plenário, DJ de 29-6-2007.

“A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1.699-41 – posteriormente convertida na Lei 10.522/2002 –, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/1972.” (ADI 1.976, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 28-3-2007, Plenário, DJ de 18-5-2007.) No mesmo sentido: ADPF 156, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-8-2011, Plenário, DJE de 28-10-2011.

¹⁸ “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.” (Súmula Vinculante 21.)

quando o mesmo for exigido para admissibilidade de ação judicial, que no caso específico eram ações que pretendiam discutir a exigibilidade de crédito tributário.¹⁹

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina²⁰ afirmam que o direito de ação

compreende não apenas a tutela jurisdicional adequada, mas também um processo adequado.

Este modo de ver o direito de ação, decorrente do art. 5º, XXXV da CF/1988, como direito à prestação jurisdicional adequada ao direito substancial, impõe que se reconheça que a inexistência, no plano processual, de tutela correspondente à reclamada pelo direito material, significaria tornar inexistente o próprio direito substantivo.

Com efeito, dentro dessa mesma visão de se amoldar a legislação processual civil ao direito fundamental à ação, foi que o Novo Código de Processo Civil disciplinou diferentemente a questão, ao estabelecer no art. 317 que “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício” de forma a garantir a tutela jurisdicional efetiva ao cidadão. Como afirma Cássio Scarpinella Bueno²¹, esta norma

é tão pertinente quanto relevante, bem aplicando o entendimento mais adequado quanto à possibilidade de saneamento das nulidades dos atos processuais e, em geral, do próprio processo com vistas ao proferimento de sentença de mérito, assim entendida a que presta tutela jurisdicional, seja para o autor, acolhendo o seu pedido, seja para o réu, rejeitando o pedido do autor ou, se for o caso, acolhendo o formulado pelo réu.

A visão do Novo CPC caminha para ser sujeito ativo no processo de reconstrução do Estado Democrático de Direito, precisando para isso de um Poder Judiciário mais próximo da sociedade. Na visão de Mauro Capelletti²², é esse poder jurisdicional dialógico que pode garantir a legitimação da democracia no âmbito dos

¹⁹ “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.” (Súmula Vinculante 28.)

²⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno – Vol. 1 – Parte Geral e Processo de Conhecimento**, 3. ed. São Paulo: RT, 2013; p. 68.

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva. 2015; p. 237.

²² CAPPELLETTI, Mauro. El “Formidable” Problema» del Control Judicial e la Contribución del Análisis Comparado. In: **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, Núm. 13, Enero-Febrero de 1980. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 1980; pp. 93-94.

Tribunais, e somente assim é que se garantirá o direito fundamental à tutela jurisdicional. Ressalta o autor

que a criação de direito é uma característica inevitável de todo tipo de jurisdição e que esta característica alcança seu nível mais elevado quando está implicado o controle jurisdicional; nesse sentido, o que converte em Juiz a um Juiz, e em Tribunal a um Tribunal, não é a excessiva falta de criatividade, por um lado a relação da jurisdição com causas e controvérsias, é dizer, com “partes”, e por outro, a atitude imparcial do Juiz, que não deve julgar em causa própria, deve assegurar que as partes sejam equanimemente ouvidas (*audi alteram partem*) e deve gozar de um grau de independência das pressões externas, especialmente daquelas que chegam dos órgãos “políticos”. São estes (e não a criatividade) os elementos, formulados de maneira abstrata, que podem proporcionar legitimidade à criação do direito através dos Tribunais e conservar o “caráter democrático” desta atividade.

2 A EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO

2.1 DIREITO DE AÇÃO DE NATUREZA PROCESSUAL E EXIGÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Como já fora colocado anteriormente, o direito de ação de natureza constitucional representa a faculdade de exigir a prestação do Estado, assegurado a todos e de caráter extremamente genérico, enquanto o direito de ação de natureza processual consiste na possibilidade de obtenção de uma sentença de mérito.²³

O fato é que a partir do exercício do direito de ação de natureza constitucional, regras de direito processual surgem como pressuposto do seu exercício. Essas regras regulam “o modo e a forma de prestação jurisdicional, as condições da ação, e toda a estrutura e concatenação dos atos que compõem o processo”.²⁴ Todavia, essas regras não devem se prestar a frustrar o direito fundamental à tutela jurisdicional, com o simples argumento de regularem a prestação jurisdicional.

²³ AZEVEDO, Eurico de Andrade. A Exaustão da Via Administrativa como Condição da Ação. In: **Revista de Direito Administrativo**, n.º 152, abr./jun. de 1983. Rio de Janeiro: FGV; p. 17.

²⁴ AZEVEDO, Eurico de Andrade. A Exaustão da Via Administrativa como Condição da Ação. In: **Revista de Direito Administrativo**, n.º 152, abr./jun. de 1983. Rio de Janeiro: FGV; p. 17.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

Entre as principais regras de direito processual estão as condições da ação, consistentes na possibilidade jurídica do pedido, na legitimação para a causa, e no interesse de agir.

Verificando-se a admissibilidade em abstrato do pedido jurídico, ou seja, a sua previsão no ordenamento jurídico, tem-se por atendido esse requisito.

Já a legitimação para a causa é verificada através da titularização do direito, ou seja, só é legitimado quem é titular do direito (sujeito ativo)²⁵ ou da obrigação (sujeito passivo)²⁶.

O interesse de agir é o mais importante para o caso em análise (exaurimento da via administrativa como condição da ação). Ele vem a ser a necessidade de se obter a tutela jurisdicional do Estado-Juiz para satisfazer o seu direito, e desta forma, o provimento solicitado deve ser o adequado para que se componha a lide, logo, deve possuir o binômio necessidade-adequação para se ter o interesse de agir.

As condições da ação não se confundem com os pressupostos processuais; estes são indispensáveis para que a relação processual válida seja constituída, e, somente na presença deles é que se falará em formação e desenvolvimento do processo. São eles: o pedido, a capacidade postulatória, a investidura do destinatário de pedido (juiz). Desta forma, “os pressupostos processuais referem-se apenas à matéria puramente processual, enquanto as condições de ação mesclam aspectos processuais com a pretensão de direito material deduzida”²⁷. Estes, sem dúvida alguma, devem existir por ocasião da propositura da ação, sendo regulados pela lei processual, o que leva a concluir que, sem a sua existência, o processo não estará validamente constituído, “não podendo convalescer com a superveniência do requisito faltante”²⁸, fato que não ocorre com as condições da ação, pois, embora a ausência de uma delas já implique em carência de ação, podendo assim ser declarada de ofício em qualquer momento do processo, pois, como sustentou Enrico

²⁵ Embora o ordenamento jurídico processual em certos casos permita a legitimação extraordinária ou substituição processual, desde que expressamente reconhecida.

²⁶ Embora teoricamente em uma Reconvenção ele perderia essa qualidade.

²⁷ AZEVEDO, Eurico de Andrade. A Exaustão da Via Administrativa como Condição da Ação. In: **Revista de Direito Administrativo**, n.º 152, abr./jun. de 1983. Rio de Janeiro: FGV; p. 19.

²⁸ AZEVEDO, Eurico de Andrade. A Exaustão da Via Administrativa como Condição da Ação. In: **Revista de Direito Administrativo**, n.º 152, abr./jun. de 1983. Rio de Janeiro: FGV; p. 21.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

Tullio Liebman, “é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida”.²⁹

2.2 INTERESSE DE AGIR E EXAURIMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS

Enrico Tullio Liebman admitia que “o interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão a esse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo”.³⁰

Para o autor, havendo interesse de agir, haverá a possibilidade da demanda ser analisada, mesmo que ao autor não lhe assista razão. Desta forma, a importância do interesse de agir está no fato de que a

relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido. Ele não é requisito só da ação, mas de todos os direitos processuais, como o de contestar, isto é, de defender-se, o de propor uma exceção em sentido estrito, o de recorrer de uma sentença desfavorável etc.”³¹

A parca doutrina sobre o assunto se manifesta no sentido de que a ausência de exaurimento das vias administrativas se enquadraria em falta de interesse de agir, “pois, antes da manifestação final da Administração, não se caracteriza a pretensão insatisfeita. O autor só poderá solicitar a tutela jurisdicional depois que a Administração, em decisão terminativa, negar a sua pretensão.”³²

Nesse sentido, Antonio Celso Camargo Ferraz ponderou que

²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. (Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco à 4ª edição italiana, do Manuale di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffrè. 1980). São Paulo: Malheiros, 2005; p. 204.

³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. (Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco à 4ª edição italiana, do Manuale di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffrè. 1980). São Paulo: Malheiros, 2005; p. 206.

³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. (Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco à 4ª edição italiana, do Manuale di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffrè. 1980). São Paulo: Malheiros, 2005; pp. 207-208.

³² AZEVEDO, Eurico de Andrade. A Exaustão da Via Administrativa como Condição da Ação. In: **Revista de Direito Administrativo**, n.º 152, abr./jun. de 1983. Rio de Janeiro: FGV; p. 20.

a exigência da prévia exaustão da via administrativa é uma condição da ação, nada mais representando do que uma aplicação particular do genérico princípio do interesse de agir. Esta condição, em nosso direito, se funda no princípio da economia processual: falta interesse de agir àquele que ainda tem à sua disposição, segundo o ordenamento jurídico, instrumentos através dos quais pode obter a satisfação do seu direito, sem necessidade de recorrer às vias judiciais.³³

Como já restou assentado, mesmo não estando as condições da ação preenchidas no momento da propositura desta, e bastariam que as mesmas estivessem presentes no momento em que a causa é decidida³⁴, “se, no curso do processo, o autor vem a comprovar ter exaurido previamente a via administrativa, demonstrado fica o seu interesse de agir, nada obstando que o juiz profira uma sentença de mérito”.³⁵

Deve-se ressaltar também, que pelo princípio da autotutela, sempre que constate ter sido um ato administrativo expedido em desconformidade com a lei, ou que se encontre em rota de colisão com os interesses públicos, os agentes públicos possuem a prerrogativa administrativa de revê-lo, como natural decorrência do próprio princípio da legalidade. A respeito, deve ser lembrada a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, quando afirma que

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Lembre-se que a Súmula 346 do próprio STF já consagrava que “a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”, o que permite, portanto, que na via administrativa, a própria Administração, reconhecendo a ilegalidade do ato, anula-o, podendo ocorrer de ofício ou por provocação de terceiros.

³³ FERRAZ, Antonio Celso Camargo. Parecer. In: Justitia, n.º 94. **Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo**; p. 262.

³⁴ Nesse sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. (Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco à 4ª edição italiana, do Manuale di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffrè. 1980). São Paulo: Malheiros, 2005; p. 204.

³⁵ AZEVEDO, Eurico de Andrade. A Exaustão da Via Administrativa como Condição da Ação. In: **Revista de Direito Administrativo**, n.º 152, abr./jun. de 1983. Rio de Janeiro: FGV; p. 22.

Destarte, ao colocar a exaustão da via administrativa como requisito da ação, está a se possibilitar, inclusive, que a Administração reveja seus próprios atos, prestigiando o princípio da economia processual no Poder Judiciário, caso a situação se resolva em âmbito administrativo.

Do contrário, se for para restringir o acesso ao judiciário, estaríamos diante de uma manifesta inconstitucionalidade! Nesse sentido, também já se posicionou Ada Pellegrini Grinover, ao comentar a eventual lesão da exigência de exaustão das vias administrativas aos direitos individuais: “Toda vez que o prévio esgotamento das vias administrativa acarretar tal lesão, haverá imediato interesse de agir (interesse-necessidade) e, conseqüentemente, possibilidade imediata de acesso ao Judiciário”³⁶.

2.3 O CASO PECULIAR DO MANDADO DE SEGURANÇA

2.3.1 Noções essenciais sobre o Mandado de Segurança

O mandado de segurança é considerado uma ação de natureza constitucional, em razão de encontrar-se insculpido na Constituição Federal. É ação constitucional, originária da *Teoria Brasileira do Habeas Corpus* e criada pela Constituição de 1934³⁷, que foi regulamentada desde o início da década de 1950, pela Lei Ordinária n. 1.533/1951, e recentemente, substituída a sua primeira

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Contencioso Administrativo na Emenda n.º 7/77. In: **O Processo em sua Unidade**. São Paulo: Saraiva. 1978; p. 65.

³⁷ Castro Nunes, em obra clássica sobre o Mandado de Segurança, considera que suas origens “estão naquele memorável esforço de adaptação realizado pela jurisprudência, sob a égide do Supremo Tribunal, em torno do *habeas corpus*, para não deixar sem remédio certas situações jurídicas que não encontravam no quadro das nossas ações a proteção adequada. Esses antecedentes documentam a lacuna e ao mesmo tempo a pressão das necessidades, que acabaram por ditar a solução, que o espírito criador da jurisprudência traduziu em uma fórmula a que se chamou a *Teoria Brasileira do Habeas Corpus*, o episódio sem dúvida de maior culminância, o fato de maior significação em toda a nossa vida judiciária, comparável a certos respeitos às duas maiores criações jurisprudenciais conhecidas: o *détournement du pouvoir*, pelo Conselho de Estado, em França, e a revelação do poder, omisso no texto Americano, de declarar inconstitucionais as leis do Congresso, derivado por construção pela Corte Suprema dos Estados Unidos. O Mandado de Segurança representa, portanto, o coroamento dessa evolução interrompida em 1926, pela Reforma Constitucional, que, reduzindo o *Habeas Corpus*, não lhe deu o sucedâneo que, mais tarde, iniciativas parlamentares e o brilhante debate que se lhes seguiu não lograram fazer triunfar” (NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. 9. ed. (atualizada por: José Dias de Aguiar). Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 1-2)

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

regulamentação pela Lei n. 12.016/2009. A Constituição de 1934, ao tratar “Dos Direitos e das Garantias Individuais” no seu art. 113, determinou no item 33 que

dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes³⁸.

A nomenclatura Mandado de Segurança adveio da Comissão do Itamarati³⁹, por proposta de João Mangabeira; outros nomes foram sugeridos à época. Alberto Torres sugeriu “Mandado Garantia” ou “Ordem de Garantia”, por Odilon Braga⁴⁰.

O Mandado de Segurança tem por finalidade a proteção do direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que a lesão ou ameaça de lesão for causada por ação ou omissão da autoridade apontada como coatora. Portanto, ele é residual/genérico, só cabendo se não estiver entre as outras duas ações constitucionais específicas.

O direito líquido e certo, protegido pelo mandado de segurança, é aquele que tem como pressuposto um conceito processual e não material: o indivíduo tem de mostrar os fatos e enquadrá-lo no mundo jurídico. Mas os fatos é que devem ser provados, pois o Direito já é certo; devem ser incontroversos ou já terem sido

³⁸. Outros dois artigos citaram o Mandado de Segurança naquela Constituição. São eles: Art. 76. À Corte Suprema compete: 1) processar e julgar originariamente: (...); i) o mandado de segurança contra atos do Presidente da República ou de Ministro de Estado. Art. 83. À Justiça Eleitoral, (...), caberá: (...); f) conceder *habeas corpus* e mandado de segurança em casos pertinentes à matéria eleitoral.

³⁹. A esse respeito, escreveu João Baptista Herkenhoff: “Antecipando os trabalhos da Constituinte, um projeto de Constituição foi elaborado por uma Comissão que veio a ficar conhecida como Comissão do Itamarati. Recebeu esse nome, como fruto do uso, porque se reunia ao Palácio do Itamarati. A Comissão do Itamarati foi nomeada pelo Governo Provisório. Dela faziam parte figuras destacadas do mundo político e jurídico do país, como Afrânio Melo Franco, Carlos Maximiliano, José Américo de Almeida, Temístocles Cavalcanti e João Mangabeira. Este último exerceu um singular papel de vanguarda advogando, na Comissão do Itamarati, as teses mais avançadas para sua época. O anteprojeto constitucional foi bastante discutido no interior da Assembleia Constituinte. Foi criada uma Comissão Constitucional. Nomearam-se relatores parciais que se encarregaram de estudar os diversos capítulos do anteprojeto elaborado pela Comissão do Itamarati. Foi escolhida uma Comissão de Revisão, para dar acabamentos ao texto, antes que fosse votado pela Assembleia Constituinte” (HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos Direitos Humanos, Volume I (História dos Direitos Humanos no Brasil)**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/dhbrasil/br5.html>>. Acesso em 20.5.2015).

⁴⁰. Cf. NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. 9. ed. (atualizada por: José Dias de Aguiar). Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 3.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

provados documentalmente, o que nos leva a considerar o Mandado de Segurança como um semijulgamento antecipado da lide. Como ensina José Manoel de Arruda Alvim Netto⁴¹,

No Mandado de Segurança deverá o impetrante fazer a prova dos fatos originadores do seu direito liminarmente. Tais fatos, possibilitadores da obtenção da segurança, além de terem de ser provados, devem sê-lo incontroversamente, isto é, a prova documental não pode ensejar margem alguma de dúvida a respeito da existência dos fatos, ensejando perfeito conhecimento dos mesmos. (...) O que é imprescindível, no Mandado de Segurança, é que os fatos, estes sim, sejam absolutamente incontroversos, e, nesse sentido, têm de ser, *in limine litis*, plenamente provados. (...) Há, desta forma, que se verificar: 1º) se o fato ou fatos estão provados de forma a não pairar dúvida alguma a respeito; 2º) se, daqueles fatos decorrem prejuízo ou prejuízos lesivos ao direito subjetivo do impetrante que, em caso positivo, será protegível pelo direito processual.

Com efeito, não pode interpor mandado de segurança o sujeito que depende de dilação probatória, tal como produção de perícia. Nesse sentido, o STF reiteradamente tem decidido. Perceba-se uma das decisões:

CONSTITUCIONAL – AGRÁRIO – REFORMA AGRÁRIA: DESAPROPRIAÇÃO – ENTIDADE REPRESENTATIVA DE CLASSE: COMUNICAÇÃO DE VISTORIA – DECRETO 2.250/1997, ART. 2º – EXCLUSÃO DE ÁREA – CONTAGEM DO REBANHO BOVINO: CONTROVÉRSIA – ÍNDICES DE PRODUTIVIDADE – I – A comunicação da vistoria à entidade de classe somente ocorrerá no caso em que ela indica a área a ser desapropriada. II – É essencial a transcrição no registro público do contrato particular de venda do imóvel para o fim de excluí-lo do Decreto Expropriatório. No caso isto não ocorreu. III – Contagem do rebanho bovino: controvérsia, a exigir dilação probatória, o que não se admite no processo do mandado de segurança, dado que o direito líquido e certo tem como pressuposto fatos incontroversos apoiados em prova pré-constituída. IV – Índices de produtividade o imóvel rural: fato complexo, que reclama produção de prova. Constitucionalidade das disposições constantes no art. 6º e seus parágrafos da Lei n. 8.629/1993. V – Precedentes do STF. VI – *Mandado de Segurança Indeferido* (STF – MS n. 23.645-1 – MS – Rel. Min. Carlos Velloso. DJU 15.3.2002). (destaque nosso.)

Com efeito, os fatos não entram em grau de cognição de matéria de direito; a matéria jurídica é complexa, tem de analisar os fatos, pois eles é que são o limite do Direito.

Então deve haver lesão (o dano tem de ser concreto) ou ameaça de lesão

⁴¹ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Mandado de Segurança no Direito Tributário. In: **Revista de Direito Público**, Ano II – Jul./Set/ de 1968, Volume 5. São Paulo: RT; 49.

(poderá ocorrer o dano). Não obstante, isso acontece em qualquer ação processual, porque se não houver ameaça ou lesão de direito, falta interesse de agir, e o sujeito ativo é carente de ação. Logo, o problema aqui é outro, quando se fala em ação do Estado. Também se tem o Estado legislador, e a lei é clara ao dizer que se admite o mandado de segurança preventivo. Todavia, não se admite o mandado de segurança contra lei em tese. No primeiro caso, o sujeito sabe que a lesão vai acontecer (preventivo); e no segundo, o Estado promulgou a norma, ela já está a vigor, só que a norma só causa lesão se ela se efetiva – passa do plano teórico para o empírico; do contrário, não é cabível o mandado de segurança, já que a lei não está sendo executada, seja por dependência dessa regulamentação ou interpretação. Se a lei é autoaplicável, e está sendo aplicada, caberá a sua impetração.

Suponha-se, em uma situação esdrúxula, onde o Governo Federal baixasse uma medida provisória, no dia 10 de janeiro de 2015, estabelecendo que só poderia viajar para o exterior, neste ano corrente, a pessoa que possuísse, em conta corrente, R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Nesse caso, os que não possuem essa quantia – a grande maioria das pessoas do país – e já tivessem viagens agendadas para o próximo mês, precisariam comprar a passagem, ir até o aeroporto, e no embarque esperarem serem retidos, para que possam impetrar o mandado de segurança? Claro que não; há uma situação onde um ato normativo usurpou concretamente seu direito. Agora, se o indivíduo só iria viajar em 2018, não cabe o mandado de segurança, pois essa situação se enquadraria na “lei em tese”.

A relação processual, no mandado de segurança, é a seguinte:

a) legitimidade ativa: a regra geral é que a legitimidade é ordinária; portanto, o sujeito que sofreu a ilegalidade é que tem legitimidade para agir. Pode haver substituição processual no caso em que um terceiro sofra um dano por via reflexa a um direito amparado por mandado de segurança. Pode-se citar, a título ilustrativo, um caso em que a autoridade emita um ato que prejudique uma determinada pessoa, só que por um motivo de ligação ao prejudicado, outra pessoa também acaba sendo prejudicada. Exemplo: A municipalidade institui um tributo ilegal, e vai

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

cobrar de B; ocorre que o imóvel de B foi alugado a C e no contrato foi consignado que todo tributo do imóvel seria de sua responsabilidade; então C, mesmo não sendo proprietário, por ter sido prejudicado, nesse caso teria legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança contra a municipalidade, já que, *in casu*, é mais interessado ainda do que B;

b) legitimidade passiva: a princípio contra a autoridade coatora é que se impetra o mandado de segurança. A ideia de autoridade tem de estar ligada à ideia de comando, ou seja, legitimado é a autoridade coatora que determinou a ação ou a omissão. A identificação dessa autoridade se torna mais fácil se se perguntar qual autoridade teria poder de desfazer a ilegalidade; todavia, defendeu-a – é o que a doutrina chama de Teoria da Encampação do Ato Ilegal⁴²;

c) presença do Ministério Público como custos legis: não se discute interesse público na causa, mas o Ministério Público irá intervir como fiscal da lei, devendo apresentar um parecer ministerial que é obrigatório dentro do processo;

d) competência para julgar: há o critério material e o funcional. O material se fixa na competência de acordo com a natureza jurídica do ato de quem se originou a coação. O critério funcional ocorre quando a

⁴² Ministro Luiz Fux, quando ainda no STJ, relatou e decidiu no Mandado de Segurança n. 12.149/DF um caso onde se avocava a Teoria da Encampação. Neste Acórdão, o Ministro brilhantemente explica a sua aplicação. “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ISENÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI 10.599/2002. ADVOGADO GERAL DA UNIÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA ‘AD CAUSAM’. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. 1. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão somente quando preenchidos os seguintes requisitos: existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Precedentes da Primeira Seção: MS n. 12.779/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 3.3.2008; MS n. 10.484/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.9.2005. 2. ‘In casu’, foi apontado como autoridade coatora o Advogado Geral da União, o qual ostenta status de Ministro de Estado, cujos atos estão sujeitos, na via do mandado de segurança, à competência originária, de natureza constitucional e absoluta, do Superior Tribunal de Justiça. 3. Entrementes, verifica-se que o ato coator indicado – descontos, referentes ao Imposto de Renda e à contribuição previdenciária, efetuados sobre os proventos de aposentadoria pagos a anistiado político que exercia cargo de procurador federal – é resultado de atividade administrativa complexa, desempenhada pela Coordenadoria de Recursos Humanos da Secretaria-Geral da AGU. 4. Destarte, ressoa incabível a adoção da ‘teoria da encampação’ ao caso ‘sub judice’, porquanto implicaria indevida modificação ampliativa de competência absoluta fixada na Constituição. 5. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito.”

autoridade tem foro privilegiado, devendo nele o processo ser impetrado.

O prazo decadencial para se impetrar o mandado de segurança é de 120 dias⁴³ e começa a correr a partir do instante em que ocorreu a lesão; se for por omissão, a partir da provocação das outras partes, da notificação. Todavia, boa parte da doutrina já defende a inexistência de prazo para sua impetração. Sérgio Ferraz, nesse sentido, aduz ser insustentável a conformação desse prazo com a Constituição, pois “claramente infringente à matriz constitucional disciplinadora do mandado de segurança: enquanto existir o bem de vida cuja salvaguarda específica o writ (remédio constitucional) objetiva resguardar, caberá mandado de segurança”⁴⁴.

Em relação aos atos processuais, seguem-se os requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC, mais os trazidos pelo art. 6º da Lei n. 12.016/2009. Alguns aspectos merecem ser salientados:

- a) não há especificação de provas, já que não há dilação probatória; entretanto, no caso em que o documento necessário à prova do alegado se encontre em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição;
- b) deve haver atribuição do valor da causa;
- c) a Lei n. 12.016/2009 permite que o mandado de segurança seja interposto por radiograma ou telegrama, entretanto, a parte pode se utilizar de meios mais modernos, como correio eletrônico, fax, entre outros. Ressalva-se que após a interposição por meio alternativo, o texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes⁴⁵.

⁴³. “Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

⁴⁴ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006; p. 227.

⁴⁵. “Art. 4º. Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada. § 1º Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade. § 2º O texto

d) Denega-se a segurança, nos termos do art. 6º, § 5º, quando:

- I – quando o juiz indeferir a petição inicial;
- II – quando ficar parado durante mais de um ano por negligência das partes;
- III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 dias;
- IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;
- VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
- VII – pela convenção de arbitragem;
- VIII – quando o autor desistir da ação;
- IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;
- X – quando ocorrer confusão entre autor e réu.

Cabe o pedido de liminar em Mandado de Segurança, desde que haja relevante fundamento, demonstrando a plausibilidade e a verossimilhança, ou desde que haja risco de ineficácia da medida, se ela for concedida somente ao final. José Manoel de Arruda Alvim Netto⁴⁶ relata a importância da suspensão liminar, onde afirma:

O Mandado de Segurança é, desta forma, uma ação sumária e especial, tendo a suspensão liminar, como uma de suas grandes características. A supressão desta medida liminar, em grande parte, anula as virtudes do mandado de segurança, sobretudo se atentarmos para a realidade da nossa Justiça que, conquanto de boa qualidade, é sumamente morosa. E a morosidade, no caso, faz com que o processo de mandado de segurança – sem a existência de liminar – possa ser, praticamente equiparado ao processo ordinário.

Todavia, essa liminar acaba por ter natureza jurídica de antecipação de tutela, pois os provimentos que se desejavam restam por antecipados. Consequentemente, como houve antecipação de tutela, não deve o juiz fixar caução, como possibilita o art. 7º, III.

Com efeito, pode a parte requerer a antecipação da tutela, desde que

original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes. § 3º Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.”

⁴⁶ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Mandado de Segurança no Direito Tributário. In: **Revista de Direito Público**, Ano II – Jul./Set/ de 1968, Volume 5. São Paulo: RT; 49.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

haja *prova inequívoca* que atribua ao *Mandamus* um maior grau de cognição de certeza, e não uma mera probabilidade (plausibilidade) do direito alegado, que é o *fumus boni iuris*. O Código de Processo Civil ainda exige, como requisitos para a sua concessão, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou a caracterização do abuso de direito de defesa, nos termos do art. 273. Luiz Guilherme Marinoni, já afirmava dois anos antes da introdução definitiva da tutela antecipada em nosso Direito Processual Civil, que “a tutela antecipatória realiza o direito mediante cognição sumária, enquanto a tutela cautelar apenas assegura a viabilidade da realização do direito”⁴⁷.

O art. 7º da Lei de Mandado de Segurança determina que ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

- I – que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;
- II – que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;
- III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

A prestação de informações por parte do coator representa a sua defesa pelos seguintes motivos:

- 1) mesmo ele não tendo capacidade postulatória, prestar informações funcionará nesse momento como seu contraditório, atribuindo a elas presunção de veracidade *iuris tantum*;
- 2) o fato do não oferecimento das informações gera sanções criminais e até civis e administrativas, o que se diferencia, portanto, da defesa processual que só geraria preclusão, e não perempção, pois devido ao interesse público envolvido não haverá presunção *iure et de iure* e

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A Tutela Antecipatória não é Tutela Cautelar. In: **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1994; p. 54. O autor incorporou o mesmo pensamento após a introdução do instituto em nosso Direito Processual Civil, vide: MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela na Reforma do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros. 1996; p. 45.

julgamento à revelia, ou seja, primeiramente o prejuízo atingirá somente a pessoa jurídica, mas esta poderá sempre entrar nos autos como litisconsórcio passivo facultativo (art. 7º, II), apesar de ser razoável sempre o seu ingresso no feito, para que não decorra prejuízos futuros para a Administração;

3) fixa-se prazo de 10 dias para apresentar as informações, de forma que seu descumprimento pode gerar a condução coercitiva do coator para prestar as informações.

Ainda em relação ao segundo motivo apresentado acima, a Lei do *Mandamus* considera, no seu art. 24, como obrigatória a aplicação das regras referentes ao litisconsórcio, previsto nos arts. 46 a 49 do CPC, a aplicação do art. 47, poderia nos levar a crer que, neste caso, haveria litisconsórcio passivo necessário devido à natureza da relação jurídica existente, onde a decisão será única e atingirá os dois sujeitos passivos. Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno admite que “trata-se de litisconsórcio passivo e necessário”⁴⁸.

A sentença segue a regra do Código de Processo Civil: só não há condenação em mandado de segurança, uma vez que a regra é conceder ou denegar a ordem. Se for concedida, acatou-se o pedido. Se denegada, é porque o impetrante não tem o direito suscitado, houve julgamento de mérito, logo, haverá coisa julgada material. Também estará denegando o pedido porque considerou que a via mandamental não é adequada, ou seja, o impetrante não tem direito a mandado de segurança por não preencher os requisitos processuais; nesse caso, há extinção sem exame de mérito, que no Mandado de Segurança continuará a prevalecer, tendo em vista ser um instituto disciplinado por lei especial, e como o Novo CPC é lei geral, ele não revoga os comandos normativos da Lei n. 12.016/2009. Estamos falando mais uma vez do art. 317 desse Novo Codex, que impõe ao juiz conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício, antes de proferir decisão sem resolução de mérito, regra que em uma hermenêutica adequada não se aplica ao Mandado de Segurança.

⁴⁸. BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38.

O reexame necessário é obrigatório no mandado de segurança⁴⁹. Todavia, se o mesmo for impetrado nos Tribunais, por competência originária, não caberá o reexame necessário⁵⁰. Neste caso, se for denegada a ordem, a parte interessada poderá ingressar com o Recurso Ordinário junto ao STF ou no STJ, nos termos dos artigos 102, II, letra “a” e 105, II, letra “b”, respectivamente. Mas se a ordem for deferida, caberá apenas o Recurso Especial ou Extraordinário, nos termos dos artigos 105, III, letras “a”, “b” e “c”, e 102, III, letras “a”, “b”, “c” e “d”, respectivamente.

Há dois meios de impugnação dos provimentos em mandado de segurança: o pedido de suspensão de segurança, que é exclusivo do Poder Público (art. 15); e o recurso, comum às duas partes (art. 7º, 14, 15 e 18).

No primeiro caso, visa-se impedir que a decisão concessiva da ordem gere efeitos jurídicos imediatos, até que um eventual recurso contra a decisão seja julgado. A competência para apreciação é do presidente do Tribunal *ad quem*. Para ser admitida essa impugnação, é indispensável que o Poder Público alegue lesão grave de saúde, econômica ou lesão social.

O segundo meio de impugnação dos provimentos, o recurso, está regulado pelo CPC. Terá que se identificar quais recursos do CPC serão compatíveis com o mandado de segurança. Os embargos infringentes são incompatíveis em uma análise preliminar, já que ficariam em descompasso com a celeridade do mandado de segurança.

A execução em mandado de segurança, ou também como é conhecida, a “execução *lato sensu*”, é direta, não havendo a necessidade de formação de um processo de execução, pois a sentença é mandamental e de efeitos imediatos.

O mandado de segurança coletivo, consagrado no art. 5º, LXX, “é aquele que pode ser utilizado em benefício de um grande número de pessoas”⁵¹, tendo por objeto a defesa de direitos coletivos/transindividuais, de natureza indivisível, de que

⁴⁹. “Art. 14, § 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.”

⁵⁰ Nesse sentido, Sérgio Ferraz aduz que: “É pacífica a interpretação do Supremo no sentido de que o duplo grau (...) somente diz respeito à sentença de primeiro grau, inexistindo para as decisões concessivas de segurança da competência originária dos tribunais”. (FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006; p. 339).

⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994; p. 116.

seja titular grupo ou categoria de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica, e os individuais homogêneos, decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade, ou de parte dos associados ou membros do impetrante (Art. 21, parágrafo único).

Ele pode ser impetrado por (art. 21):

- a) partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária;
- b) por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

O que se pretendeu com a criação do mandado de segurança coletivo foi facilitar o acesso a juízo, permitindo a pessoas jurídicas a defesa de seus membros ou associados sem a necessidade de mandado especial; há, pois, substituição processual. O procedimento é o mesmo do mandado individual.

2.3.2 Exaurimento das Vias Administrativas como pressuposto do Mandado de Segurança

Há três hipóteses, onde na esteira do que já foi assentado em relação à possibilidade de redutibilidade da norma constitucional, o ordenamento jurídico, através da Lei n.º 12.016/2009, introduziu no art. 5º.

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
 I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
 II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
 III - de decisão judicial transitada em julgado.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

O que se analisará, especificamente, é a hipótese do art. 5º, inciso I, que na verdade foi reproduzida da Lei n.º 1.533/1951, para a atual. Para os incisos II e III fica a mesma diretriz:

toda vez que o sistema recursal não tiver aptidão para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente, toda vez que não se aceitar uma interpretação ampla suficiente das regras processuais para evitar dada situação de ameaça ou de lesão ao recorrente, o mandado de segurança contra ato judicial tem pleno cabimento. Cabe, a bem da verdade, para salvaguardar o direito do recorrente e como forma de colmatar eventual lacuna decorrente da ineficiência do sistema recursal.⁵²

O art. 5º, inciso I, desta forma, e não por acaso, estabelece restrição ao cabimento do mandado de segurança para impugnar ato administrativo sujeito a recurso com efeito suspensivo.

Parte-se do pressuposto de que se cabe o recurso administrativo com efeito suspensivo, a interposição dele pode produzir os efeitos desejados pelo próprio mandado de segurança.

Trata-se de uma condição resolutiva, ou seja, caso o recurso seja denegado, estaria configurada a lesão ao direito, o que possibilitaria imediatamente a impetração do mandado de segurança. Isso é refletido em jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos⁵³, foi exarada a interpretação do art. 5º, inciso I da Lei de Mandado de Segurança, onde se encontra excelente fundamentação para essas situações:

Tal disposição não obriga a parte a exaurir a via administrativa para após recorrer à via judiciária. O que estabelece é que, para fins de impetração da segurança, é necessário que o ato impugnado seja operante e exequível pela administração. Isso significa que se o recurso suspensivo for utilizado, a parte terá que aguardar o seu julgamento para ajuizar o *mandamus*; caso renuncie ao recurso administrativo ou deixe transcorrer o prazo para sua manifestação, poderá desde logo impetrar a segurança.

⁵² BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 21-22.

⁵³ **Revista de Direito Administrativo**, n.º 170, p.130.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

Melhor interpretação ainda arrazoou José Manoel de Arruda Alvim Netto⁵⁴
ao dizer que

Quando a Constituição enuncia que nenhuma lesão de direito individual poderá escapar da apreciação do Poder Judiciário, logicamente, para se saber se há ou não tal lesão de direito, será preciso examinarmos o ordenamento jurídico e ver que é que ele define como lesão.

Ora, o pressuposto do mandado de segurança é precisamente a existência de ato administrativo, ou mesmo de qualquer outro ato de autoridade, que provoque violação de direito, ou, então, justificadora, pelo menos, de “justo receio de sofrê-la”. (Lei do Mandado de Segurança, art. 1º).

No caso concreto, segundo nos parece, pelo exame dos citados arts. 1º e 5º da Lei do Mandado de Segurança, verifica-se que o recurso administrativo, nas condições descritas no último inciso legal referido, imuniza o administrado (...) contra a ação da Administração. Desta forma não há, no caso, como se vislumbrar uma possível violação do direito. Tenha presente que a Administração, interposto o recurso administrativo, fica inibida de agir, pois a lei fala em recurso com efeito suspensivo, que impede que o particular seja atingido. Ainda, não se esqueça que a lei prescreve que a suspensividade do ato administrativo independe de caução. Esta interpretação, por outro lado, não atentando contra dispositivo algum da Constituição (...), não se pode dizer antijurídica em nosso sistema. O art. 5º, da Lei de Mandado de Segurança, pois, é perfeitamente legal. (...)

Parece-nos que, desde que interposto recurso administrativo, na hipótese descrita pelo art. 5º, inciso I, não terá cabimento mandado de segurança, não importando este entendimento em lesão alguma a direito individual.

O STF, entretanto, manifesta posição contrária a José Manoel de Arruda Alvim Netto

Quanto à alegada preclusão, o prévio uso da via administrativa, no caso, não é pressuposto essencial ao exercício do direito de interposição do mandado de segurança. Condicionar a possibilidade do acesso ao Judiciário ao percurso administrativo equivaleria a excluir da apreciação do Judiciário uma possível lesão a direito individual, em ostensivo gravame à garantia do art. 5º, XXXV, da CF.” (MS 23.789, voto da Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 30-6-2005, Plenário, DJ de 23-9-2005.)

É de se pensar qual posição adotar, mas na dúvida, utilize a via administrativa e judiciária concomitantemente: é o que comumente se faz na prática jurídica.

⁵⁴ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Mandado de Segurança no Direito Tributário. In: **Revista de Direito Público**, Ano II – Jul./Set/ de 1968, Volume 5. São Paulo: RT; 50.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

2.4 RECLAMAÇÃO: EXIGÊNCIA DE EXAURIMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS

A reclamação constitucional para preservar a competência e/ou garantir a autoridade das decisões do STF foi criada jurisprudencialmente em 1952⁵⁵, decorrendo da teoria dos poderes implícitos⁵⁶. Posteriormente, em 1957 foi inserida no Regimento Interno do STF, onde prevalece até hoje, atualmente nos artigos 156 a 162⁵⁷.

⁵⁵ Ementa: A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. - **Vão seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. - A criação de um remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes** - Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. - **É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal.** (Reclamação 141 (primeira) / SP - Relator: Min. Rocha Lagoa - Julgamento: 25/01/1952 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: DJ 17-04-1952, PP-03549). (negrito nosso)

⁵⁶ João Conrado Ponte de Almeida explica que “a Teoria dos Poderes Implícitos surgiu na decisão proferida pela Suprema Corte Americana, no caso *McCulloch v Maryland*, na qual ficou definido que deve existir uma relação razoável entre as funções estabelecidas aos órgãos pela Constituição e os meios utilizados por estes para cumprir sua incumbência e que os meios adotados não podem ser proibidos pela própria constituição. Essa teoria defende que ao serem definidos os objetivos e as competências dos órgãos, ela, implicitamente, concede aos mesmos a liberdade de adotar os mecanismos necessários para cumprir suas obrigações, sendo-lhe vedada apenas o que a constituição proíbe.” (ALMEIDA, João Conrado Ponte de. Aplicabilidade da Teoria dos Poderes Implícitos na Atividade de Polícia Judiciária. In: **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 4, n. 2, jul/dez 2013; pp. 67-68.)

⁵⁷ DA RECLAMAÇÃO Art. 156. Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.

Parágrafo único. A reclamação será instruída com prova documental.

Art. 157. O Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de cinco dias.

Art. 158. O Relator poderá determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado, ou a remessa dos respectivos autos ao Tribunal.

Art. 159. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 160. Decorrido o prazo para informações, dar-se-á vista ao Procurador-Geral, quando a reclamação não tenha sido por ele formulada.

Art. 161. Julgando procedente a reclamação, o Plenário ou a Turma poderá:

I – avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência;

II – ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto;

III – cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.

Parágrafo único. O Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

Constitucionalmente, foi incorporada na Constituição de 1988, no art. 102, I, letra “I” referente ao Supremo Tribunal Federal⁵⁸ e no art. 105, I, letra “f”, referente ao Superior Tribunal de Justiça⁵⁹. A Reclamação Constitucional, como o próprio comando constitucional prescreve, tem por objetivo preservar a competência do STF e garantia da autoridade de suas decisões. A Reclamação ao STJ também caminha na mesma linha.

O Novo Código de Processo Civil, também disciplinou a Reclamação, mas agora de forma ampla, atendendo a todos os Tribunais Superiores. Estabeleceu a sua aplicação, nos termos do art. 988 para:

- I - preservar a competência do tribunal;
- II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Em seguida consignou no seu § 1º que ela “pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.” Para sua propositura exigiu que seja a mesma instruída como provas documentais e dirigida ao Presidente do Tribunal ao qual quer se garantir a autoridade de seus precedentes (art. 988, § 2º). A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao Presidente do Tribunal, que a recebendo, autuará e distribuirá a mesma ao Relator do processo principal (art. 988, § 3º), que só a receberá se não tiver havido o trânsito em julgado (art. 988, § 5º); em seguida, ao despachá-la, deverá tomar as seguintes medidas (Art. 989):

Art. 162. O Presidente do Tribunal ou da Turma determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

⁵⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

⁵⁹ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

- I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;
- II - se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável;
- III - determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação.

Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia (Art. 992), cabendo, ao Presidente do Tribunal, determinar o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente (Art. 993).

O art. 103-A, incluída pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, criou a Súmula Vinculante, e no embalo, estabeleceu que a sua não observância por parte dos Poderes Executivo e Judiciário é passível de Reclamação Constitucional⁶⁰.

Esta já era uma orientação existente no art. 102, § 2º da Constituição, que prescreve:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

E como havia a prescrição para todas e quaisquer decisões definitivas de méritos nas ações de controle de constitucionalidade, com muito mais razão, ao

⁶⁰ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

serem sumuladas estas decisões reiteradas, a vinculação dos dois Poderes também deveria se estender, excluído o Poder Legislativo, esse não se obriga a regra de vinculação.

A Lei 11.417/2006, introduzida para regulamentar o precitado artigo, por sua vez, introduziu em seu art. 7º⁶¹, admitindo a Reclamação ao STF, mas reduzindo a sua aplicação nos casos relativos à omissão ou ato da Administração Pública, onde só caberá a Reclamação após o esgotamento das vias administrativas, nos termos do seu art. 7º, § 1º.

Desta forma, e aqui não devemos promover digressões teóricas, o esgotamento das vias administrativas foi considerado pressuposto para o exercício do direito de ação, que não está sendo inviabilizado, apenas postergado.

Eros Roberto Grau, em relatório lavrado na Reclamação de nº 5.422 de São Paulo⁶², entendeu ser necessário o esgotamento da esfera administrativa para interposição da Reclamação. Veja-se o inteiro teor da decisão:

Trata-se de reclamação proposta por Promoções e Eventos Estrela LTDA. contra ato do Subprefeito de Ermelino Matarazzo, ato que revogou o auto de licença de funcionamento n. 2004/37316-00 e determinou o encerramento imediato das atividades da empresa reclamante. A reclamante indica como fundamento da postulação os artigos 102, I, I, e 103-A, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição do Brasil; 13 e seguintes da Lei n. 8.038/90 e artigos 156 a 158 do RISTF.

2. A reclamante sustenta que possui licença de funcionamento deferida nos autos do processo administrativo n. 2004.0190594-9. Alega que, conforme expresso na própria licença, a autorização seria para a atividade "jogo", fundamentada na Lei n. 10.205/86 e no decreto n. 41.532/01, do Município de São Paulo.

3. Afirma ainda ter sido notificada em 30.7.07 da decisão administrativa que revogou o auto de licença de funcionamento sob o argumento de ilicitude da atividade.

4. Sendo o ato administrativo posterior a 6.6.07, ou seja, posterior à publicação da Súmula Vinculante n. 2, deve, segundo a empresa reclamante, "obrigatoriamente ser combatido via reclamação ex vi do artigo

⁶¹ Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

⁶² Reclamação n.º 5.422 / SP – Relator(a): Min. Eros Grau - Julgamento: 16/08/2007 – Publicação: DJ 24/08/2007 PP-00096.

13 da Lei 8.038/90, bem como o ato administrativo está previsto no artigo 103-A da Constituição Federal."

5. A reclamante requer ao final a concessão de medida liminar para cassar o ato administrativo impugnado.

6. É o relatório. Decido.

7. A reclamante alega que o ato do Subprefeito de Ermelino Matarazzo que revogou o auto de licença de funcionamento n. 2004/37316-00 e determinou o encerramento imediato das atividades de sua empresa viola a Súmula Vinculante n. 2 do Supremo Tribunal Federal. Argumenta que "na esfera do Poder de Polícia do Município não está a de dispor sobre sistema de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias".

8. A Lei n. 11.417 define, em seu artigo 7º, que caberá reclamação de ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante. Mas o § 1º deste artigo acrescenta "contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas".

9. Não há nos autos documentação hábil a comprovar que a reclamante esgotou as vias administrativas. Assim, incabível a via reclamationária, nos termos do que dispõe o mencionado artigo 7º.

10. Há ainda outra circunstância que inviabiliza o conhecimento desta reclamação. Não há adequação perfeita entre o ato administrativo impugnado e a súmula vinculante. A via estreita da reclamação pressupõe violação direta a julgado desta Corte. A hipótese dos autos, no entanto, não consubstancia descumprimento de decisão proferida pelo STF.

11. Como observou o Ministro MAURÍCIO CORRÊA "[i]nexistindo identidade ou mesmo similitude de objetos entre o ato impugnado e a decisão tomada por esta Corte (...), não há falar em violação à autoridade desta, sendo incabível o uso da reclamação" [Rcl 1.852-AgR/RN, DJ de 8.3.02].

12. A reclamação não pode ser conhecida. Não há identidade ou similitude de objeto entre o ato impugnado e a decisão tida por desrespeitada. Nesse sentido os seguintes precedentes: RCL n. 3.768, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ 20.10. 05; e RCL n. 3.960, de que fui Relator, DJ de 05.12.05.

Nego seguimento ao pedido, nos termos do artigo 21, § 1º, do RISTF.

Arquivem-se os autos.

Publique-se.

Brasília, 16 de agosto de 2007.

Ministro Eros Grau (Relator)

Sendo assim, o STF se manifestou, provisoriamente, pela constitucionalidade da exigência de exaurimento prévio das vias administrativas em casos de Reclamação Constitucional.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

3 CONCLUSÃO

Como conclusão, pode-se articular em apertadíssima síntese os seguintes itens:

I - Embora a ação seja um direito constitucional fundamental, da qual corresponde ao Estado dar uma efetiva resposta à tutela jurisdicional, o seu exercício pode ser submetido a determinadas regras processuais.

II - A exaustão prévia da via administrativa como requisito ao ingresso em juízo, constitui uma condição da ação – interesse de agir – pois só através do posicionamento final da Administração é que se identifica a pretensão insatisfeita do autor.

III - Mitigando essa questão, e adotando o posicionamento de Liebman, pode-se, nas condições da ação, admitir o *jus superveniens* no âmbito do processo, oferecendo a possibilidade ao autor de demonstrar a utilização da via administrativa até o momento da decisão.

IV – Exigir o esgotamento da via administrativa não pode ser um entrave de acesso ao Judiciário, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

V – Em relação ao Mandado de Segurança e a Reclamação Constitucional, há de se observar o direito positivo, ou seja, exaurir as vias administrativas de ambos para depois exercer o direito constitucional de ação. Todavia, no caso do Mandado de Segurança, tem sido admitido na prática jurídica a utilização da via administrativa e judiciária concomitantemente.

VI – Os juízes, a partir do Novo CPC, terão a possibilidade de antes de proferir decisão sem resolução de mérito conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício (art. 317), o que poderá definitivamente garantir a tutela jurisdicional efetiva ao cidadão respeitando o aparato constitucional existente atualmente, devendo os Juízes se posicionarem como sujeitos ativos desse novo constitucionalismo, pois como ponderou Mauro Cappelletti

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

está emergindo um novo pluralismo. O direito escrito ordinário tem agora numerosos companheiros e concorrentes: o “direito superior” das Constituições; as Leis Comunitárias, que também reclamam para si o status de “direito superior”, inclusive superior ao das Constituições Nacionais; os “princípios gerais” escritos e não escritos, tanto nacionais como supranacionais; os direitos humanos nacionais e internacionais, etc. E ao lado de tudo isto emerge, naturalmente, uma nova função dos juízes, já que a função dos juízes se realça e engrandece a causa do pluralismo e a concorrência das fontes de criação do direito. O pluralismo e a concorrência exigem comparação e controle judicial.⁶³

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Conrado Ponte de. Aplicabilidade da Teoria dos Poderes Implícitos na Atividade de Polícia Judiciária. In: **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 4, n. 2, jul/dez 2013.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Mandado de Segurança no Direito Tributário. In: **Revista de Direito Público**, Ano II – Jul./Set/ de 1968, Volume 5. São Paulo: RT.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. A Exaustão da Via Administrativa como Condição da Ação. In: **Revista de Direito Administrativo**, n.º 152, abr./jun. de 1983. Rio de Janeiro: FGV.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. El “Formidable” Problema» del Control Judicial e la Contribución del Análisis Comparado. In: **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, n. 13, Enero-Febrero de 1980. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1980; pp. 100-101.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. El “Formidable” Problema» del Control Judicial e la Contribución del Análisis Comparado. In: **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, n. 13, Enero-Febrero de 1980. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1980.

FERRAZ, Antonio Celso Camargo. Parecer. In: **Justitia**, n.º 94. **Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo**.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Contencioso Administrativo na Emenda n.º 7/77. In: **O Processo em sua Unidade**. São Paulo: Saraiva, 1978.

HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos Direitos Humanos, Volume I** (História dos Direitos Humanos no Brasil). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/dhbrasil/br5.html>>. Acesso em 20.5.2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. (Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco à 4ª edição italiana, do Manuale di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffrè. 1980). São Paulo: Malheiros, 2005.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Provocação prévia da esfera administrativa, exaurimento da via administrativa e tutela jurisdicional: uma releitura de acordo com o novo código de processo civil.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Tutela Antecipatória não é Tutela Cautelar. In: **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela na Reforma do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros. 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno – Vol. 1 – Parte Geral e Processo de Conhecimento**, 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. 9. ed. (atualizada por: José Dias de Aguiar). Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. I**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015	Trabalho 04 Páginas 33-66
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura	periodicoscesg@gmail.com