FUNCIONÁRIO PÚBLICO — RECURSO ADMINISTRATIVO — AÇÃO JUDICIAL

— É indispensável que o funcionário esgote as reclamações por via administrativa, antes de mover às judiciárias, desde que assim disponha o respectivo Estatuto.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Prefeitura Municipal de Itabaiana *versus* Valdice Lopes Cavalcânti
Recurso extraordinário n.º 20.567 — Relator: Sr. Ministro MÁRIO GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Acordam em sessão da 1.ª turma, por unanimidade de votos, conhecer do presente recurso em que é recorrente a Prefeitura Municipal de Itabaiana e dar-lhe provimento em conformidade das notas taquigráficas.

COMENTÁRIO

O CONTRÔLE JUDICIAL E A EXAUSTÃO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

1. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o recurso extraordinário n.º 20.567, de Sergipe, denegou a segurança impetrada contra ato de autoridade municipal, por entender necessário o esgotamento da via administrativa, antes do acesso ao Poder Judiciário.

Fundou-se a decisão no preceito do art. 209 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado que, à semelhança do modêlo federal em

Rio, 4 de setembro de 1952. — *Barros Barreto*, Presidente. — *Mário Guimarães*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mário Guimarães (Relator) — D. Valdice Lopes Caval-

que se inspirou, determina que "o funcionário só poderá recorrer ao Poder Judiciário depois de esgotados todos os recursos da esfera administrativa", ou após a expiração do prazo para despacho do recurso interposto.

O atual Estatuto dos Funcionários Públicos da União (Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952) não mais inscreve a limitação figurante na lei anterior (Decreto-lei n.º 1.713, de 28-10-1939, art. 223). Sobrevive, apenas, a obrigação de comunicar ao superior hierárquico o ingresso em juízo, a fim de que êste providencie a remessa do processo ao juiz competente, como peça instrutiva da ação judicial (art. 172 do atual e art. 223, parágrafo único, do antigo Estatuto).

O cabimento de recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, exclui, por outra parte, o uso do mandado de segurança (art. 5.º, n.º I, da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951).

Na vigência da Constituição de 1937, o pressuposto processual da prévia exaustão da instância administrativa não sofreu contradita, prosperando, sem empeços, a norma estatutária.

Superveniente a Carta Política de 1946, foi, porém, argüida a incompatibilidade do princípio com a disposição do art. 141, § 4.º, segundo a qual "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

2. O Tribunal Federal de Recursos, em acórdão de 14 de março de 1949, rejeitou, por maioria, a preliminar de não caber a segurança impetrada quando não exauridos os meios administrativos, embora inspirados os votos em fundamentos diversos (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 25, pág. 64/s.).

No tocante ao cabimento do mandado de segurança, mesmo nos casos de existência de recurso administrativo idôneo, pareceu ao mesmo Tribunal, em mais de um passo, desnecessário percorrer os recursos administrativos de efeito suspensivo. "Tal ponto de vista — esclarece o relator no recurso de mandado de segurança n.º 981 — constitui jurisprudência pacífica dêste Tribunal, diante dos têrmos amplos em que é admitido o mandado de segurança pelo § 24 do art. 141 da Constituição federal" (*Diário da Justiça*, de 7 de julho de 1952, págs. 2.951/2).

O art. 223 do primitivo Estatuto dos Funcionários Públicos não mais prevalece, em face da Constituição, afirmou o Tribunal Federal de Recursos, no recurso de mandado de segurança n.º 1.279, vencido o Ministro Elmano Cruz. A ementa do acórdão assim condensa a opinião da maioria: "Insubsistentes, frente à Constituição, as exigências de esgotamento de recursos, na esfera administrativa, a fim de que possa o funcionário público recorrer ao Judiciário" (*Diário da Justiça*, de 21 de junho de 1952, págs. 2.752/3).

cânti, professôra municipal na cidade de Itabaiana, Estado de Sergipe, tendo sido afastada de seu cargo, por ato do Prefeito, a 14 de fevereiro de 1951, impetrou mandado de segurança. O ato demissório diz o seguinte, lê fls. 11. E na informação de fls. 24 se acrescenta:

"Ademais o seu pedido é intempestivo, pois não poderia buscar amparo no Poder Judiciário antes de esgotar todos

---

O mesmo Tribunal, no entanto, em decisão posterior, no recurso de mandado de segurança n.º 1.280, acolheu a tese de que aquela norma estatutária não contraria o preceito constitucional, visto que "não exclui, mas apenas condiciona, para o funcionário, o recurso ao Poder Judiciário" (*Diário da Justiça*, de 11-8-1952, pág. 3.723/4). Louva-se o relator, Ministro Alfredo Bernardes, no acórdão do Supremo Tribunal Federal, no mandado de segurança n.º 1.094, assim concebido: "O ato administrativo não se torna perfeito, para que o funcionário possa recorrer ao Judiciário, antes de encerrada a instância administrativa. Essa norma é compatível com o art. 141, § 24, da Constituição" (*Arquivo Judiciário*, vol. 96, pág. 356).

3. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou que "a circunstância de não se terem esgotado todos os recursos administrativos, ou mesmo a de não se ter recorrido a essa via, não impede, em face do mandamento constitucional contido no citado § 4.º do art. 141 da Constituição federal, que se recorra diretamente ao Poder Judiciário contra qualquer lesão de direito individual" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 25, págs. 225/s.).

4. Mais nítida é a posição do Tribunal de Justiça de São Paulo que tem repelido a cláusula da exaustão da instância administrativa, mediante a invocação do art. 141, § 4.º, da Constituição federal e do art. 96 da Constituição estadual.

Na apelação cível n.º 63.113, a sua 1.ª Câmara Civil decidiu, por unanimidade de votos, que "o art. 141, § 4.º, da Constituição federal revogou o dispositivo estatutário estadual que determina o esgotamento da instância administrativa, antes de ingressar na judicial" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 38, págs. 69/s.). No mesmo sentido, a sentença confirmada arrola extensa cópia de julgados do tribunal paulista, no sentido de que "sujeitar o funcionário público a transpor todos os escaninhos da burocracia, como condição *sine qua non*, para o ingresso em juízo, seria um atentado às normas constitucionais garantidoras dos direitos de cada um".

A disposição estatutária, no entender dos eminentes desembargadores paulistanos, contém norma de simples caráter disciplinar. Expressiva, a êsse respeito, a síntese feita no acórdão na apelação cível n.º 61.485: "No despacho saneador de fls. o dr. Juiz de Direito deixou bem claro ser improcedente a preliminar de serem os autores carecedores de ação, por haverem recorrido ao Poder Judiciário, antes

os recursos da esfera administrativa, proibida como é pelo artigo 209 do Decreto-lei n.º 128, de 28 de outubro de 1942, *in verbis*:

"O funcionário só poderá recorrer ao Poder Judiciário depois de esgotados todos os recursos da esfera administrativa, ou após a expiração do prazo a que se refere o § 1.º do art. 207".

Sim, porque o referido art. 207 permite ao funcionário pedir, entre outros recursos administrativos, reconsidera-

---

de esgotados todos os recursos na esfera administrativa, como o determina o art. 221 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado. Êsse dispositivo contém norma de caráter disciplinar. Pode acarretar, sanção disciplinar e não perda do direito de ação do funcionário, sujeita a prazos de decadência e prescrição" (*Revista dos Tribunais*, vol. 214, pág. 181). Concordes são, a propósito, inúmeros outros pronunciamentos do ilustre colégio judiciário (*Revista dos Tribunais*, 174-580, 185-743, 187-472, 189-191, 208-240, 211-240), destacando-se, entre vários, os seguintes, que melhor exprimem essa tendência:

"O preceito do § 4.º do art. 141 da Carta Política de 1946 elevou o direito de ação do plano de direito processual para o âmbito do direito constitucional, inserto entre as garantias individuais do cidadão, de molde a que nenhuma lesão de direito individual possa ser subtraída ao exame do Poder Judiciário" (ac. ap. cível n.º 8.529, em 18-10-1954, *Revista dos Tribunais*, vol. 230, pág. 468).

"O art. 221 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado está implìcitamente revogado pelo art. 141, § 4.º, da Constituição federal de 1946" (acórdão de 29-9-1953, na apelação cível n.º 63.113, *Revista dos Tribunais*, vol. 219, pág. 155).

Outro argumento próspero no Tribunal de Justiça de São Paulo é o da revogação do art. 221 do Estatuto estadual pelo art. 96 da Constituição local, assim redigido: "É permitido ao funcionário requerer ou representar, pedir reconsideração e recorrer de decisões". Arma-se o raciocínio de que, à luz da norma constitucional estadual, o recurso administrativo é mera faculdade atribuída ao funcionário, não lhe podendo ser imposta como *conditio* ao acesso à Justiça (ver, entre outros, acórdãos *in Revista dos Tribunais*, 219-155; 211-179 e *Revista de Direito Administrativo*, 21-103).

5. Em tendência oposta a essa corrente exegética se consolidou a jurisprudência do Supremo Tribunal que, iterativamente, proclama a legalidade e constitucionalidade da prévia remessa aos trâmites administrativos. Enquanto vigente, no código federal, a mesma condição, não lhe negou validade o supremo órgão de hermenêutica constitucional. Assim foi o conteúdo dos julgados nos recursos extraordinários n.º 19.887 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 38, pág. 66), n.º 20.341 (*Diário da Justiça*, de 22-9-1952) e n.º 11.152 (*Diário da Justiça*, de 5-4-1952), nos mandados de segurança ns. 1.599 e 1.253 (*Diário da*

ção de todos os atos de seu superior hierárquico, que julgar prejudicial aos seus interêsses, ao tempo em que o artigo 209 lhe proibe recorrer ao Poder Judiciário antes de esgotados os recursos administrativos salvo depois dos noventa (90) dias a que se refere o § 1.º do artigo 207."

Demais acrescenta a fls. 26: lê. Foi, não obstante, concedida a segurança,

---

Justiça, de 9-8-1952), no mandado de segurança n.º 2.055 (*Diário da Justiça*, de 15-2-1954) e no mandado de segurança n.º 20.496 (*Diário da Justiça*, de 17-1-1955).

No recurso extraordinário n.º 20.325, o Supremo Tribunal Federal consignou o desajustamento entre a sua jurisprudência e a do Tribunal de Justiça de São Paulo, reafirmando a constitucionalidade da limitação estatutária: "Se o Estatuto de S. Paulo reproduziu o federal, é de se admitir o recurso extraordinário da alínea *d* contra o acórdão do Tribunal paulista que apreciou em dissídio com a jurisprudência da Suprema Côrte a questão federal de saber se o preceito estatutário é compatível com a Constituição federal. O que está no art. 141, § 4.º, não permite é que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. E, no caso, a lei não excluiu a apreciação judicial, apenas a colocou na dependência do prévio uso dos recursos administrativos, em se tratando de funcionário público" (*Diário da Justiça*, de 10-11-1952, pág. 5.064).

6. Não nos parecem, *data venia*, procedentes as razões invocadas pelo órgão jurisdicional paulista, no sentido da revogação do art. 221, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado.

A norma do art. 141, § 2.º, da Constituição federal é, a rigor, uma superfluidade técnica. A sujeição dos atos administrativos ao contrôle do Judiciário é um pressuposto necessário ao Estado de Direito. Independe de preceito expresso, porque se afirma no princípio da autonomia e especialização dos poderes.

O argumento prova demais. Fôsse a extensão da atividade jurisdicional simples outorga da Constituição vigente e *a contrario sensu* poder-se-ia admitir a imunidade ao contrôle judiciário em tôda a história constitucional precedente. De outra parte ter-se-ia de inscrever na competência dos tribunais as questões políticas que sempre dêles se excluíram, mesmo na ausência de texto expresso.

Observa Castro Nunes a distinção entre restrições impeditivas da jurisdição e restrições de simples condicionamento ao seu ingresso, ou, ainda, relativas aos meios de defesa do direito. Não invalida o contrôle da legalidade, afeto ao juiz, a exigência de pressupostos para o direito de ação, ou para o uso de rito processual sumário, entre êles a da prévia exaustão dos recursos administrativos (*Do Poder Judiciário*, pág. 636-7).

Pedro Batista Martins invocando acórdão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n.º 6.302 (*Revista Forense*, vol. 95,

pela sentença de 1.ª instância, confirmada em segunda. Manifestou a Prefeitura recurso extraordinário com base nas letras *a* e *d*, do inciso constitucional, entendendo que o acórdão decidiu contra a lei e contra a jurisprudência, assim na preliminar como no mérito. O pedido de segurança, ler fls. 83.

No mérito, diz que a demissão da impetrante, que ocupava um cargo a tí-

---

pág. 87), acentua que " a lei costuma condicionar o acesso ao Poder Judiciário, impondo ao interessado o dever de esgotar, prèviamente, os recursos cabíveis na instância administrativa. Com isso, o legislador ordinário não está, de modo algum, atentando contra o princípio da irredutibilidade do poder jurisdicional da Justiça comum; está apenas dispondo sôbre o direito de ação, estabelecendo-lhe os requisitos e definindo-lhe as condições, faculdade que ninguém jamais lhe contestou" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. VII, pág. 339).

Também Seabra Fagundes, comentando a vedação ao mandado de segurança, se cabível recurso administrativo suspensivo, comunga na mesma conclusão: "Não nos parece se ponha a restrição em conflito com o § 4.º do art. 141, no qual se veda à lei "excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Por ela não se proíbe a apreciação judiciária de lesão a direito público subjetivo do indivíduo. Apenas se condiciona o uso do mandado à efetividade da lesão... Não se subtrai ao contrôle jurisdicional a lesão. Tem-se sòmente como necessário, para que êle seja cabível, a ultimação definitiva e irremediável do procedimento administrativo" (*Contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, págs. 344-345).

Consagra a jurisprudência do Tribunal de S. Paulo a tese de que o art. 221 do Estatuto é apenas norma disciplinar, não vedando, no entanto, o direito de ação. O argumento encerra, contudo, uma contradição em têrmos. O poder disciplinar pressupõe a violação de um dever funcional que, na hipótese, consistiria na abstenção da iniciativa de apêlo ao Judiciário, antes de exaustos os caminhos administrativos. Mas, se essa restrição é inconstitucional, a sua inobservância não pode constituir ilícito administrativo. A norma antagônica à Constituição é vasia de substância jurídica e de eficácia, não se podendo exigir, a título disciplinar, a prestação que se entende revogada pela Carta Política.

A obrigação de precedência da instância administrativa, antes do apêlo à judicial, não é, como se pretende, uma limitação às garantias democráticas fundamentais.

O direito francês observa, como requisito elementar aos recursos contenciosos, a chamada regra da decisão prévia (*règle de la decision préalable*).

Não se concebe, no direito francês, a ação direta contra o Estado, sem que, prèviamente, se provoque decisão administrativa sôbre a

tulo provisório, de experiência, foi feita de acôrdo com a lei ordinária e com o art. 188, parágrafo único da Constituição que diz: "O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos demissão."

que a lei declare de livre nomeação e

O Dr. Procurador Geral é pelo provimento do recurso.

É o relatório.

---

substância do direito. A regra que se limitava, de início, aos recursos contenciosos perante o Conselho de Estado, ampliou-se aos tribunais administrativos em que se transformaram os conselhos de Prefeitura, na recente reforma da jurisdição administrativa (ver meu trabalho: *A reforma do Contencioso Administrativo na França, in* "Arquivos do Ministério da Justiça", vol. 49, págs. 7/s.).

Històricamente filiada à competência judicante dos ministros (*Ministre-Juge*), a regra, como observa Waline, tem, modernamente, como fundamento a preliminar da conciliação, obrigando o postulante a pleitear administrativamente o seu direito, antes de acionar em juízo a administração (Marcel Waline, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, pág. 94; Duez e Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, n.º 616, pág. 413; Laubadére, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, n.º 599, pág. 351).

8. A expressão mais aprimorada do princípio da exaustão dos remédios administrativos se encontra no direito norte-americano, em que, no entanto, o prestígio do Poder Judiciário atingiu ao mais alto grau.

A concepção americana do contrôle jurisdicional da administração liga-se a verificação de um ato administrativo final, insuscetível de recurso a autoridade superior, em virtude de lei.

O princípio introduzido com a decisão da Côrte Suprema no *case United States v. Sing Tuck*, em 1904, corresponde, sob certo ângulo, à regra da *decision préalable*, do direito francês, como anotou Bernard Schwartz (*Le Droit Administratif Américain — Notions générales*, pág. 163).

Muito mais longe se lança, contudo, a limitação oposta, nos Estados Unidos, à jurisdição em matéria administrativa. No famoso caso *Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corporation* (1927), em que se argüia excesso de poder administrativo, a Côrte Suprema denegou a medida preventiva, declarando que sòmente após um ato administrativo final ocorria a competência judiciária (ver: Bernard Schwartz, ob. cit., pág. 163; Milton Katz, *Cases and materials on administrative Law*, pág. 654/s.).

Alegava a corporação a preliminar da incompetência do *National Labor Relations Board* para promover a instrução sôbre queixa de métodos abusivos de trabalho e, em conseqüência, pretendia fôsse judicialmente proibida a realização da audiência do órgão administrativo.

VOTO

O Sr. Ministro Mário Guimarães (Relator) — Conheço do recurso e dou-lhe provimento. Poucos dias faz decidiu esta turma, unânimente, em recurso de que foi V. Excia. relator, ser indispensável esgote o funcionário as reclamações pela via administrativa, antes de recorrer às judiciárias, desde que assim disponha o Estatuto dos Funcionários Públicos Es-

---

Repelindo o pedido, escreveu, emitindo a opinião da Côrte, um grande juiz, de tendências liberais, Brandeis:

"The contention is at war with the longsettled rule of judciial administration that no one is entitled to judicial relief for a supposed or threatened injury until the prescribed administrative remedy has been exhausted. That rule has been repeatedly acted on is cases where, as here, the contention is made that the administrative body lacked power over the subject matter.

Obviously, the rule requiring exhaustion of the administrative remedy cannot be circumvented by asserting that the charge on which the complaint rests is groundless and that the mere holding of the prescribed administrative hearing would result in irreparable damage. Lawsuits also often prove to have been groundless; but no way has been discovered of relieving a defendant from the necessity of a trial to establish the fact" (Katz, ob. cit., pág. 658).

Nos têrmos da lei americana do processo administrativo (Administrative Procedure Act, de 1946) a *Judicial review* funda-se em dois pressupostos essenciais: que o caráter executório do ato provoque a existência atual ou eminente de dano (à semelhança do requisito francês das decisões *qui font frief*) e a da existência de outro remédio legal adequado (seção 10, *c*).

Há, no direito norte-americano, como salienta Vom Baur (*Federal Administrative Law*, vol. I, págs. 191 e 207) íntima correlação entre a doutrina da *primary jurisdiction* e a da *exhaustion of administrative remedies*. A primeira reclama que as questões administrativas sejam examinadas, primeiramente, pela administração (*agencies*) antes do conhecimento pelos tribunais (*courts*). A segunda especifica a necessidade de que a reclamação transite por todos os canais administrativos antes de se facultar a proteção judicial.

"One is a rigorous primary jurisdictional requirement. The other, in substance, requires full exhaustion of that primary jurisdiction through whatever administrative appeals, or their equivalent, are provided" (Vom Baur, ob. cit., pág. 191).

James Hart, em seu excelente estudo do Direito Administrativo norte-americano, refere-se à classificação de Stason dos impedimentos do contrôle judicial da administração (E. Blythe Stason, *Timing of judicial redress from erroneous administrative action, in Minnesota Law Review*, 25-560, 1941).

Cinco são as classes de pressupostos para o acesso à revisão judicial dos atos administrativos:

taduais ou Municipais, nos têrmos de igualdade aos da lei federal.

Conheço, pois, do recurso, de acôrdo com essa jurisprudência e dou provimento para cassar o acórdão.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Conheceram do recurso e lhe deram provimento, à unanimidade de votos.

---

a) doutrina de jurisdição primária (*primary jurisdiction, prior resort or exclusive administrative jurisdiction*), ou seja, a necessidade de recorrer, prèviamente, aos órgãos administrativos, antes dos judiciários. Oriunda do *case Texas & Pacific Ry. v. Abilene Cotton Oil Co.* (1907), condiciona não só a jurisdição federal, como a estadual;

b) doutrina da exaustão (*exhaustion doctrine*), ou seja, a prévia utilização dos remédios administrativos próprios, antes de se possibilitar a intervenção judicial. Dentro dessa unidade conceitual, Stason enumera diversas situações em que o princípio tem sido aplicado na jurisprudência da Côrte Suprema;

c) doutrina da caducidade (*doctrine of estoppel*), que é uma decorrência da teoria da exaustão obrigatória das vias administrativas. Em certos casos, a inércia do particular, especialmente em matéria fiscal, veda o acesso à revisão judicial, quando deixa de usar, oportunamente, dos recursos administrativos. Típico dessa opinião é o *Weld County Case*;

d) a regra do caso Prentis (*rule of the Prentis case*), ou seja, a necessidade de esgotar todos os processos estaduais, administrativos e judiciais, antes de ingressar nos tribunais federais;

e) problema do rito processual federal, após a prévia exaustão das instâncias estaduais, administrativas e judiciárias (ver: James Hart, *An Introduction to Administrative Law*, 2.ª edição, págs. 719/s.).

9. *Em suma*, não obstante as autorizadas opiniões em contrário, é lícito concluir, com o apoio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e no direito comparado, que a exigência do prévio esgotamento da instância administrativa não ofende o princípio constitucional da plena fiscalização judicial sôbre os atos administrativos.

Os Estatutos estaduais que ainda mantenham a condição anteriormente contida no Estatuto federal, não foram, expressa ou implìcitamente revogados pela Constituição de 1946. Esta a lição que o mais alto órgão jurisdicional brasileiro, intérprete por excelência dos textos constitucionais, reafirma no acórdão que nos inspirou estas ligeiras observações.

CAIO TÁCITO

Professor na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro