A EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO

EURICO DE ANDRADE AZEVEDO*

1. Conceito de ação. 2. As condições da ação. 3. O interesse de agir e a exaustão da via administrativa. 4. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. 5. A legislação positiva e a jurisprudência. 6. Conclusões.

1. *Conceito de ação*

Sem embargo de respeitáveis opiniões em contrário,[1] a doutrina dominante hoje considera a ação como um direito autônomo, abstrato e instrumental.[2]

É um *direito autônomo* porque, embora conexo à relação de direito material descumprida, que lhe está subjacente, é exercido contra o Estado, e no sentido de provocar a atividade jurisdicional para a composição do conflito. Em outras palavras, o indivíduo que diz ter sofrido uma lesão a direito seu pode pedir a tutela jurisdicional para a satisfação de sua pretensão. Daí por que se diz que a ação é o direito ao exercício da atividade jurisdicional, ou o poder de exigir esse exercício.[3]

A ação é um *direito abstrato* porque se esgota na obtenção do exercício da atividade jurisdicional do Estado, isto é, o autor não tem direito à obtenção de uma sentença favorável, mas sim a uma sentença de mérito, que examine a sua pretensão e decida sobre a existência do direito material invocado.[4]

* Advogado em São Paulo e procurador da Justiça aposentado; professor de direito administrativo na Faculdade de Direito de Osasco, estado de São Paulo.

[1] Barbi, Celso Agrícola. *Do Mandado de segurança,* 1966; Botelho de Mesquita, José Ignácio. *Da Ação civil*. São Paulo, 1973.

[2] Marques, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 1974. v. 1, p. 143 e segs.

[3] Dinamarco, Cândido Rangel; Cintra & Grinover. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979. p. 213.

[4] A este propósito, a doutrina dominante não resolve o problema da existência do *jus actionis* quando não se alcança a sentença de mérito, por falta de um pressuposto processual ou uma das condições da ação. Houve ou não atividade jurisdicional ao julgar o juiz o autor carecedor da ação?

Finalmente, a ação é um *direito instrumental* porque sua finalidade é ver satisfeita uma pretensão de direito material. Não podendo socorrer-se de autotutela, o autor tem na ação o instrumento jurídico adequado para fazer valer sua pretensão. O Estado se substitui aos particulares na composição dos litígios, mas precisa ser provocado pelo interessado para exercer a tutela jurisdicional. A ação é o meio ou o instrumento de que se utiliza o particular para pedir essa tutela.

A ação é considerada ainda *direito subjetivo público*, ao qual corresponde a obrigação do Estado de prestar a atividade jurisdicional solicitada. Não há, propriamente, conflito de interesses entre o autor e o Estado (aquele pretende a satisfação de seu interesse violado; e este, a composição da lide — ambos, a atuação concreta da lei). Mas, é bem de ver que não há necessidade da existência de um conflito de interesses para a configuração de uma relação jurídica. O titular da obrigação pode ter interesse no cumprimento da obrigação e nem por isso dela ficará isento. A relação jurídica — sujeito ativo (titular do direito) e sujeito passivo (obrigado) — continua a existir, até sua extinção pelo cumprimento da obrigação, ainda que espontaneamente.

Importante também é distinguir o direito de ação de natureza constitucional, que é a faculdade de exigir a prestação do Estado, assegurado a todos e de caráter extremamente genérico, do direito de ação de natureza processual, que consiste na possibilidade de obter uma sentença de mérito. "O direito de ação de natureza constitucional seria o fundamento do direito de ação de natureza processual."[5]

Quando exercido o direito de ação de natureza constitucional, passam a atuar as regras de direito processual, que regulam o modo e a forma da prestação jurisdicional, as condições da ação, e toda a estrutura e concatenação dos atos que compõem o processo. Mas é evidente, por outro lado, que as normas processuais não podem, a pretexto de regular a prestação jurisdicional, frustrar o direito do indivíduo de socorrer-se da tutela do Estado para o reconhecimento de sua pretensão. No dizer de José Frederico Marques, "a Constituição confere o direito à tutela jurisdicional. Mas tanto o *jus actionis* como a jurisdição, na sua dinâmica processual, se tornam objeto de normas precessuais. Ambos, no entanto, nessa posterior complementação normativa, devem ser disciplinados em sentido harmônico com a transcendente relevância que a Constituição lhes outorgou".[6]

[5] Dinamarco, Cândido Rangel, et alii. op. cit. p. 220.
[6] Marques, José Frederico. op. cit. p. 150.

2. *As condições da ação*

Ao vedar a autotutela e substituir-se os particulares na composição dos litígios, o Estado, ao mesmo tempo em que assegura constitucionalmente o direito de ação, condiciona o seu exercício processual a determinados requisitos, que devem ser satisfeitos pelo autor para a obtenção de uma sentença de mérito. Trata-se de condições indispensáveis à admissibilidade da tutela jurisdicional e que se ligam intimamente à pretensão deduzida em juízo.[7] Isto porque o Estado só prestará a sua tutela jurisdicional, uma vez verificada previamente a sua *necessidade* para a manutenção da ordem jurídica. Eis por que a lei ordinária estabelece como condições da ação a *possibilidade jurídica* do pedido, o *interesse de agir* e a *legitimação para a causa* (art. 267, VI, do Código de Processo Civil).

Entende-se por possibilidade jurídica do pedido a sua admissibilidade em abstrato, de acordo com o ordenamento jurídico vigente no país. Isto significa que o provimento jurisdicional solicitado deve estar previsto em lei. Se não estiver, o autor será considerado carecedor da ação. O exemplo mais citado pela doutrina é a cobrança de dívida de jogo, que o art. 1.477 do Código Civil exclui da apreciação judiciária. Assim também os atos do presidente da República baseados na legislação excepcional, que não podem ser objeto de revisão por via da ação (nos termos do art. 3º da Emenda Constitucional nº 11).

Nesses exemplos extremos — caracterizados pela vedação do ingresso em juízo — não pode haver dúvida quanto à impossibilidade jurídica do pedido. Mas, como bem observa Moniz de Aragão, o direito brasileiro conhece preceitos que autorizam o juiz a decidir causas, ainda que falte previsão legislativa a respeito da matéria (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º; Código de Processo Civil, art. 126). Assim, não se pode negar sumariamente a pretensão, pela ausência de previsão legal. "Sendo a ação direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare, em abstrato, o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica."[8]

O interesse de agir é outra das condições da ação. Caracteriza-se pela *necessidade* de se obter a tutela jurisdicional para a satisfação do direito violado, ou seja, de que esta satisfação não será obtida sem a intervenção do Estado. Mais ainda, é indispensável que o autor demonstre que o provimento jurisdicional

[7] Id. ibid. p. 156.
[8] Moniz de Aragão, E. D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, s.d. v. 2, p. 433 e 435.

solicitado é *adequado* à composição da lide, isto é, apto a corrigir a violação alegada. Dinamarco explica muito bem esta condição, ao dizer que ela "assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional seja *necessária* e *adequada*".[9]

A legitimidade para a causa consiste na individualização daquele a quem pertence o interesse de agir. Daí porque o Código de Processo Civil enuncia expressamente em seu art. 6º: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei." A legitimidade, portanto, está diretamente vinculada à relação de direito material, só podendo propor a ação o sujeito ativo da relação (titular do direito), e contestar o sujeito passivo da relação (titular da obrigação). Em certos casos, porém, a lei permite que uma pessoa pleiteie, em nome próprio, direito alheio. São os casos de legitimação extraordinária, ou substituição processual, como ocorre na ação popular, em que o cidadão pode ingressar em juízo na defesa do patrimônio público.

Faltando uma das condições da ação, o autor será julgado carecedor dela, não chegando o juiz a apreciar o seu mérito (Código de Processo Civil, art. 267, VI). Tendo quase as mesmas conseqüências, mas distinguindo-se das condições da ação, existem os *pressupostos processuais*, sobre os quais convém um pequeno esclarecimento, necessário ao exame do tema proposto: a exaustão da via administrativa antes do ingresso em juízo.

Pressupostos processuais são os requisitos indispensáveis para a constituição de uma relação processual válida, ou seja, para a formação e o desenvolvimento regular do processo (Código de Processo Civil, art. 267, IV).

Desde o momento em que se passou a ver no processo uma relação jurídica diversa da relação de direito material, compreendeu-se que ela estaria sujeita a determinados requisitos para a sua constituição, requisitos esses assemelhados aos que são exigidos para os atos jurídicos em geral: sujeito capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei (Código Civil, art. 82). Assim, são pressupostos processuais: a) um pedido (Código de Processo Civil, art. 2º); b) a capacidade de quem o formula; c) a investidura do destinatário do pedido, ou seja, a qualidade de juiz.[10]

Conseqüentemente, 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.[11] Este tema adquire importância quando for examinado o problema do *jus superveniens*.

[9] Dinamarco, Cândido Rangel et alii. op. cit. p. 222-3.
[10] Id. ibid. p. 257.
[11] Botelho de Mesquita, J. I. op. cit. p. 94.

3. *O interesse de agir e a axaustão da via administrativa*

A Emenda Constitucional nº 7/77 abriu a possibilidade para que o ingresso em juízo seja condicionado à prévia exaustão da via administrativa (art. 153, § 4º).

O assunto não era novo, pois, embora aquela ressalva não constasse do preceito constitucional assegurador do direito de ação, algumas leis anteriores já consignavam a exigência da utilização da via administrativa antes do recurso ao Judiciário. Assim: o art. 223, do Estatuto dos Funcionários Públicos da União, o art. 15 da Lei nº 4.316/67 (acidentes do trabalho) e o art. 5º, I, da Lei nº 1.533/51 (mandado de segurança).

Essas hipóteses e as soluções que a jurisprudência lhes deu serão examinadas em tópico posterior. Aqui importa considerar, diante da teoria do processo, em que consiste essa exigência prévia da exaustão da via administrativa.

O objeto do processo é a prestação jurisdicional que o Estado tem o dever (ou a obrigação) de dar.[12] Esta prestação jurisdicional tem por finalidade a composição de uma lide, a solução de um conflito de interesses, fazendo atuar a vontade concreta da lei. Por isso, como observa Dinamarco, "razões de economia desaconselham que todo um processo se realize, quando de antemão se sabe que não conduzirá ao escopo de atuação da lei, ou quando ele não é necessário. É preciso, pois, sem quebra da autonomia dos institutos do direito processual, debruçar a vista sobre a situação de direito material que está à base da pretensão do autor, para ver se efetivamente convém o dispêndio de energias e recursos do Estado com um processo".[13]

Todo processo tem uma utilidade e um custo para o Estado e para o particular. Para o Estado esta utilidade consiste na preservação da ordem pública; para o indivíduo, na satisfação do seu direito. Daí por que a imposição de condições para o exercício da ação deve corresponder à otimização da ação do Estado, segundo critérios éticos e econômicos, para a atuação da vontade da lei, tendo em vista os interesses do próprio Estado e do particular.

Assim, na hipótese da exigência da prévia exaustão das vias administrativas, o que ocorre é a 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.

O problema foi muito bem colocado por Antonio Celso Camargo Ferraz, em excelente parecer proferido quando ainda procurador da Justiça: "... 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

[12] Dinamarco, Cândido Rangel et alii. op. cit. p. 256.
[13] Dinamarco, Cândido Rangel. *A Execução civil*. 1973. p. 134.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

economia processual (Cândido Dinamarco, *A Execução civil*, p. 141): 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."[14]

Esse entendimento, contudo, não é pacífico na doutrina. Alguns juristas consideram que o esgotamento das vias administrativas constitui um pressuposto processual e não uma condição de ação. Eduardo Couture, por exemplo, depois de afirmar que "pueden definirse los presupostos procesales como aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia juridica y validez formal", inclui entre eles "el agotamiento de la via administrativa".[15] A isso talvez tenham sido levados pela possível confusão entre a prova da exaustão da via administrativa e a sua efetiva utilização. Foi o que ocorreu com algumas decisões do nosso egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil, a propósito da antiga lei acidentária. Como esta exigia "prova da decisão final da previdência" como essencial para o ingresso em juízo (Lei nº 4.316/67, art. 15 e seu § 2º), considerou-se esse requisito como pressuposto processual, ou seja, antecedente necessário para a constituição e o desenvolvimento válido e regular do processo.[16] Não se atinou que esse requisito está diretamente vinculado à pretensão insatisfeita — e não apenas aos aspectos formais do processo — constituindo-se, pois, em uma condição da ação, caracterizada pelo interesse de agir.

Prevaleceu, entretanto, a boa doutrina, no sentido de que, constituindo-se tal exigência em uma condição da ação, admite-se o seu cumprimento até o momento da prolação da sentença.[17]

É sábido que os pressupostos processuais devem existir por ocasião da propositura da demanda e são regulados pela lei processual,[18] motivo pelo qual, sem a sua existência, o processo não se constitui validamente, não podendo convalescer com a superveniência do requisito faltante. Já o mesmo não ocorre com as condições da ação. Como ensina Liebman, "è sufficiente che le condizione della domanda, sopravvengano nel corso del processo e sussistano nel momento in cui la causa viene decisa".[19] Esse entendimento, aliás, acabou prevalecendo em nossa lei processual (Código de Processo Civil, arts. 303, I, e 462).

[14] Camargo Ferraz, Antonio Celso. Parecer. In: *Justitia, 94*:262.
[15] Couture, E. J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. p. 102 e segs.
[16] Entre outros, acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil, proferido nos Embargos Infringentes n.º 33.933, da Câmara de Santos, 14 de outubro de 1976. Relator: Luiz Tâmbara.
[17] Entre outros, acórdão do Tribunal Pleno do Segundo Tribunal de Alçada Civil, proferido nos Embargos Infringentes n.º 30.174, da Comarca de São Paulo, em 19 de agosto de 1976. Relator: Odyr Porto.
[18] Chiovenda. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 1942. v. 1, p. 113.
[19] Liebman. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milano, Giuffrè, 1980. v. 1, p. 136. No mesmo sentido: Chiovenda. op. cit. p. 257; Marques, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Forense, 1959. v. 3. p. 227; Buzaid, Alfredo. *Da ação renovatória*. São Paulo, Saraiva, 1958. p. 373.

Por conseguinte, 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.

4. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*

Repousa esse princípio na assertiva de que "nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário" (Constituição Federal, art. 4º, § 4º).

O preceito foi introduzido em nosso sistema jurídico pelo constituinte de 1946, para quem era importante afastar de vez os resquícios do Estado Novo, cujos decretos-leis procuravam impedir que o Judiciário tomasse conhecimento de vários assuntos. "É porque leis têm pretendido excluir do conhecimento do Poder Judiciário certos assuntos jurídicos que se cuida do inciso, e a Constituição deve impedir esses insuportáveis abusos. Se não houver uma garantia constitucional, a lei poderá estabelecer restrição ao princípio de que o Poder Judiciário tutela todos os direitos quando invocados pelos meios competentes", dizia o saudoso Prof. Mário Masagão.[20]

Agamenon Magalhães combateu o dispositivo, alegando que era amplo demais, podendo levar o intérprete à conclusão de que teve por fim "anular as jurisdições administrativas", quando o recurso ao Judiciário só deve ser permitido "depois de esgotados todos os meios naquela jurisdição".[21]

A Emenda nº 7/77 acrescentou ao princípio a restrição de que "o ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido".

A prática constitucional anterior, no entanto, já havia aceito o condicionamento, desde que a sujeição à via administrativa não representasse sacrifício ao direito do indivíduo, como veremos pelo exame da legislação positiva no item seguinte.

O importante é acentuar que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional continua incólume, pois a Emenda nº 7/77, mesmo quando autorizou a criação de contenciosos administrativos, o fez sem prejuízo de revisão judicial, como decorre da referência ao art. 153, § 4º, feita nos arts. 111 e 203.

A lei ordinária só deve exigir a exaustão da via administrativa quando esta possibilitar a efetiva solução do litígio pela própria Administração, e não como mera procrastinação do atendimento ao direito do cidadão. Conforme observa

[20] Duarte, José. *A Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro, 1947. v. 3, p. 17.
[21] Id. ibid. p. 19-20.

Agustín Gordillo, o procedimento administrativo não é um simples pressuposto da ação judicial, não é um mero requisito formal que deve cumprir o particular ou a Administração, antes de o assunto passar à justiça, mas *deve funcionar como meio autônomo de revisão dos atos administrativos*. E enfatiza: "El procedimiento administrativo, pues, por no ser jurisdiccional ni implicar un paso previo del proceso judicial que de alguna manera se integre a éste, debe ser *autosuficiente* ante la administración para obtener la revisión de un acto administrativo, con seriedad e imparcialidad."[22]

Também não se deve entender a via administrativa como uma etapa prévia semelhante à fase de conciliação existente em alguns processos judiciais. A via administrativa há de ser entendida como um caminho que se abre à Administração para rever os seus próprios atos, em atendimento aos princípios básicos da legalidade, moralidade e finalidade dos atos administrativos. A não ser assim, a exigência da prévia exaustão da via administrativa constituirá mais uma ilegalidade. Neste passo, tem toda razão Ada Pellegrini Grinover, quando afirma: "O § 4º do art. 153 constitui um todo, que deverá ser interpretado em harmonia com o regime constitucional: a exaustão das vias administrativas, prevista na segunda parte do dispositivo, só será legítima na medida em que não infringir a primeira parte do artigo, que garante o acesso às vias jurisdicionais em caso de lesão de direitos individuais. Toda vez que o prévio esgotamento das vias administrativas acarretar tal lesão, haverá de imediato interesse de agir (interesse-necessidade) e, conseqüentemente, possibilidade imediata de acesso ao Judiciário."[23]

5. *A legislação positiva e a jurisprudência*

Mesmo antes da Emenda Constitucional nº 7/77, que permitiu ao legislador ordinário condicionar o efetivo exercício do direito de ação, alguns dispositivos determinavam a utilização obrigatória da via administrativa como condicionante do acesso ao Judiciário.

O primeiro desses textos é o do art. 223 do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Decreto-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939), que assim dispunha: "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 § 1º do art. 221" (90 dias).

[22] Gordillo, Agustín. *Procedimiento y recursos administrativos*. 2. ed. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1971. p. 39-40.
[23] Grinover, Ada Pellegrini. O contencioso administrativo na Emenda n.º 7/77. In: *O Processo em sua unidade*, 1978. p. 65.

Na vigência da Carta de 1937, o texto jamais sofreu impugnação. Com o advento, porém, da Constituição de 1946, entendeu-se que era incompatível com a garantia assegurada no § 4º do art. 141. O Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada de São Paulo, em face de dispositivo semelhante existente no Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, consideravam revogada a exigência estatutária, que não podia prevalecer diante do novo texto constitucional.[24] O Supremo Tribunal Federal, contudo, continuou julgando válida a exigência: "A lei não exclui a apreciação judicial, apenas a colocou na dependência do prévio uso dos recursos administrativos, em se tratando de funcionário público."[25]

Prevaleceu o entendimento de que, não havendo sacrifício do direito do indivíduo, a lei poderia condicionar o acesso aos tribunais.

Situação análoga se configurou com o mandado de segurança, ao dispor a Lei nº 1.533, no seu art. 5º: "Não se dará mandado de segurança: I — de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; (...)"

Na verdade, aqui não se exige que o interessado esgote os recursos administrativos para depois ingressar em juízo. Parte apenas do pressuposto de que, havendo recurso administrativo com efeito suspensivo, a lesão não se concretiza, pois o ato da Administração ainda não se tornara exeqüível. De qualquer forma, não é indispensável que o interessado recorra administrativamente para depois ingressar em juízo; pode renunciar ao recurso ou deixar escoar-se o seu prazo: tornando-se operativo o ato, poderá solicitar o amparo judicial.[26] Tanto é assim que, na hipótese de omissão da autoridade, não há falar em recurso administrativo com efeito suspensivo, podendo o mandado ser requerido desde logo. Esta é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada na Súmula 429: "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão de autoridade."

O último texto a respeito do tema e que propiciou fecunda discussão em nosso Segundo Tribunal de Alçada Civil foi o do art. 15 da Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967 (Lei de Acidentes do Trabalho), que dispunha: "Para a reclamação de direitos decorrentes desta lei, o acidentado, seus dependentes, a empresa ou qualquer outra pessoa somente poderão mover ação contra a previdência social, diretamente ou por intermédio de advogado, depois de esgotada a via recursal da previdência social (...). § 2º — A prova da decisão final da previdência social é peça essencial para a instauração do procedimento judicial de que trata este artigo" (redação dada pelo Decreto-lei nº 893, de 1969).

[24] Ver acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo. In: *Revista dos Tribunais, 208*:240, *214*:181, *219*:155 e *235*:193; e do Tribunal de Alçada Civil. In: *Revista dos Tribunais, 230*:468, *239*:448 e *308*:559.

[25] *Revista de Direito Administrativo, 38*:66, *42*:188 e *50*:128.

[26] Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. 7. ed. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1980. p. 16-7.

De início, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o dispositivo, por inexistir regulamentação que conciliasse aquela exigência com os §§ 2º e 4º do art. 153 da Constituição vigente.[27] Posteriormente, contudo, regulamentado o preceito pelo Decreto nº 71.037, de 29 de agosto de 1972, que estabeleceu prazos para a apreciação da questão na esfera da previdência, considerou-se regular o condicionamento do ingresso em juízo à utilização prévia da via administrativa.[28] Mesmo aqui, entretanto, os últimos julgados do Segundo Tribunal de Alçada Civil não consideravam indispensável esgotar-se a esfera recursal na fase administrativa, caracterizando-se a lesão justificadora da ação judicial pela preclusão do recurso à Junta de Recursos da Previdência Social.[29]

Na discussão da matéria, divergiram os juízes, entendendo que a necessidade da prévia exaustão da via administrativa para o ingresso em juízo constituía um pressuposto processual, insuscetível, portanto, de ser preenchido no curso da demanda.[30] Prevaleceu, todavia, o entendimento de que tal exigência era condição da ação, precisamente o *interesse de agir*, cuja existência poderia ser demonstrada até o momento da prolação da sentença.[31] Este aspecto assumia importância nos casos concretos, pois, muitas vezes, o acidentado ingressava em juízo sem haver demonstrado a utilização prévia da via administrativa, fazendo-o, entretanto, no curso do processo.

Lembre-se, finalmente, que a Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976, acabou revogando as leis acidentárias anteriormente citadas, inclusive no tocante à prévia exaustão das vias administrativas. A discussão da matéria, porém, permitiu à doutrina e à jurisprudência firmar o entendimento de que a lei ordinária pode regular o exercício do direito de ação, condicionando-o a determinados requisitos, desde que não frustre ou aniquile, na prática, o acesso ao Judiciário.

6. *Conclusões*

1. A ação é um direito subjetivo público, ao qual corresponde a obrigação do Estado de prestar a atividade jurisdicional solicitada. Não obstante, o seu exercício pode ser submetido a determinadas condições, de maneira a verificar-se a necessidade concreta do processo e a adequação do provimento desejado.

[27] *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 58:692.
[28] Consultar, entre outros, *Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, 39:357.
[29] Acórdão proferido no Incidente de Uniformização de Jurisprudência n.º 25.570, em 29 de março de 1976, Apud Grinover, Ada Pellegrini. op. cit. p. 61-2.
[30] Entre outros: Embargos Infringentes n.º 33.933, da Comarca de Santos, julgado em 14 de julho de 1976. Relator: Luiz Tâmbara.
[31] Entre outros: Incidente de Uniformização da Jurisprudência n.º 30.174, da Comarca de São Paulo, julgado em 19 de agosto de 1976. Relator: Odyr Porto.

2. As condições da ação, portanto, devem corresponder à otimização do ação do Estado, segundo critérios éticos e econômicos, para a atuação da vontade da lei, tendo em vista os interesses do Estado e do particular.
3. A exigência da prévia exaustão da via administrativa antes do ingresso em juízo constitui uma condição da ação — o interesse de agir — pois só após a manifestação final da Administração é que se caracteriza a pretensão insatisfeita do autor.
4. Como condição da ação, admite-se o *jus superveniens* no curso do processo, facultando-se ao autor demonstrar a utilização da via administrativa até o momento da prolação da sentença.
5. A exigência do esgotamento da via administrativa não pode ser de tal ordem que frustre ou elimine o acesso ao Judiciário, pois o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional continua incólume em nosso ordenamento jurídico.
6. As hipóteses previstas em nossa legislação positiva e a jurisprudência formada a respeito deixaram evidente que a lei ordinária não pode criar obstáculos tais que resultem, na prática, na supressão do direito de acesso ao Judiciário.