CONTROLE JURISDICIONAL – CONTROVÉRSIA INTERADMINISTRATIVA – CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República
Of. nº 533/88

DESPACHO

(Processos: 10168.006533/81-30, 00001.001932/88-93, 10768.038250/86-01 e 10168.011863/87-41, encaminhados ao Ministro de Estado Chefe do Gabinete Civil da Presidência da República.)

DESPACHO DO SENHOR CONSULTOR-GERAL DA REPÚBLICA

1. Um dos pressupostos essenciais à caracterização do Estado de Direito reside na inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos que gerem ou possam gerar agravo à situação jurídica e aos direitos das pessoas.

2. Esse princípio, de inegável essencialidade, tem valor fundante na estruturação da ordem jurídica e na definição do perfil institucional do Estado.

Acha-se proclamado, solenemente, pela Carta Política em vigor, cujo art. 153, § 4º, assim dispõe, *in verbis:*

"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (. . .)."

3. O postulado da *judicial review* ingressou, com explicitude, em nosso sistema de direito constitucional positivo, somente com a Constituição de 1946, muito embora não fosse desconhecido ao constitucionalismo brasileiro, cuja primeira manifestação republicana consagrou-o como princípio intrínseco ao ordenamento constitucional de 1891.

4. A regra inscrita no preceito assinalado constitui a base normativa do próprio direito de ação (ver *Revista dos Tribunais*, v. 230, p. 468) e configura, em sua cogência absoluta, um comando dirigido ao legislador, que o inibe de prescrever normas hostis à revisão judicial.

5. É o legislador, inequivocamente, o destinatário primário da vedação constitucional.

Daí, a observação de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, 2. ed. Revista dos Tribunais, 1971, t. 5, p. 108-9):

"Nenhuma lei pode vedar ao Poder Judiciário aplicar a Constituição, ou qualquer lei. Só o Poder Constituinte pode alterar a Constituição. Se o Congresso Nacional entende que a lei precisa ser ab-rogada, ou derrogada, ab-rogue-a, ou derrogue-a. Não pode determinar que o Poder Judiciário não aprecie qualquer caso em que lei vigente incidiu ou vai incidir (. . .).

A regra jurídica constitucional do art. 153, § 4º, em que o legislador constituinte formulou princípio de ubiqüidade da justiça, foi a mais típica e a mais prestante criação de 1946. Dirige-se ela aos legisladores (*verbis:* 'A lei não poderá (. . .)': os legisladores ordinários nenhuma regra jurídica podem edictar, que permita preclusão em processo administrativo, ou em inquérito parlamentar. de modo que se exclua (coisa julgada material) a cognição pelo Poder Judiciário, se a *res deducta* é direito individual. Não se diz que não haja coisa julgada, em matéria administrativa; o que se enuncia é que a lei não pode excluir o exame judicial, ainda que para verificar se houve aquela coisa julgada. Por outro lado, tratando-se de discussão em torno de direito individual, a autoridade administrativa não pode ser a última instância, porque o titular do direito individual, não se conformando com o decidido, pode propor ação judicial (. . .)."

6. O princípio, que torna inafastável o exercício do *jus actionis*, tem, portanto, categoria constitucional e traduz uma das conseqüências dogmáticas do regime das liberdades públicas e da opção por uma ordem democrática.

7. O direito de ação constitui poder jurídico, que legitima a invocação da tutela jurisdicional de Estado. Reflete, por isso mesmo, na abstração e autonomia que o caracterizam, um direito ao processo, um direito de postular, perante órgãos do Poder Judiciário, a declaração e o reconhecimento do direito objetivo aplicável.

8. Para José Frederico Marques, cumpre ao direito constitucional assegurar, aos indivíduos, os meios necessários que lhes permitam exigir, do Estado, o desempenho concreto de uma de suas funções básicas – a jurisdição.

Por essa razão, adverte o Mestre paulista (ver *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, p. 73, item n.º 55, 4. ed., 1976, Saraiva):

"Vários são os postulados que se encerram no texto constitucional do art. 153, § 4º, razão pela qual nele se encontram as bases da tutela jurisdicional.

Primeiramente, se a lei não pode subtrair da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, daí se segue que o direito de ação está consagrado como direito fundamental do indivíduo no Direito Constitucional brasileiro. Desde que alguém alegue ter sofrido dano que afete direito subjetivo, não se lhe pode negar o direito de pedir a tutela jurisdicional para a defesa desse direito. E nisto consiste o direito de ação, ou direito ao processo, o qual a lei não pode suprimir porque o proíbe a Constituição.

Cabendo essa tutela ao Poder Judiciário, é corolário imperativo do art. 153, § 4º, por outro lado, o chamado "princípio do juiz natural", ou "juiz constitucional". Somente os órgãos que compõem o Judiciário, segundo o previsto na Constituição, podem exercer a tutela jurisdicional. É que, se assim não fosse, a lei, por vias oblíquas, descumpriria a norma constitucional citada, criando juízes e tribunais não previstos na Constituição, para processar e julgar determinados casos ou litígios, pois com isso estaria constituindo órgãos não definidos como judiciários na Lei Maior e subtraindo, portanto, o autêntico e único Poder Judiciário, aqueles casos e litígios.

Por fim, o exercício da jurisdição deve operar-se através do devido processo legal, garantindo-se aos litigantes julgamento imparcial em procedimento regular onde haja plena segurança para o exercício da ação e do direito de defesa."

9. Concede, o texto constitucional, nesse tema, ao legislador ordinário, a só faculdade de condicionar – jamais suprimir – o acesso ao Poder Judiciário.

A lei, embora não podendo excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão de direito individual, pode, no entanto, condicionar o ingresso em juízo ao prévio exaurimento das vias administrativas. A exigência legal de prévia exaustão das vias recursais administrativas caracteriza condição de procedibilidade, a qual, inobservada, gera a carência do direito de ação. O ônus do prévio esgotamento dos recursos na esfera administrativa não conflita com o princípio da tutela jurisdicional dos direitos, inscrito no art. 153, § 4º, da Constituição. Assinale-se, no entanto, que a instituição, por lei, dessa condição de procedibilidade, está submetida a duas exigências de ordem constitucional: o ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que: 1) não exigida garantia de instância (prestação de caução, real ou pessoal); e 2) nem ultrapassado o prazo de 180 dias para decisão sobre o pedido.

10. Quaisquer dispositivos emanados do legislador ordinário, cuja aplicação possa criar obstáculo capaz de frustrar o acesso ao Poder Judiciário – e a conseqüente obtenção de prestação jurisdicional – ofendem, por isso mesmo, a regra constitucional inscrita no art. 153, § 4º, que contempla o princípio da inderrogabilidade da jurisdição (v. RTJ, vol. 112/34).

11. O Poder Executivo, mediante simples ato normativo secundário – o Decreto nº 93.237, de 8 de setembro de 1986 –, estabeleceu, em seu art. 6º, que:

"As controvérsias entre a União e suas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, serão solucionadas pela autoridade administrativa, na forma deste decreto, sem prejuízo do acesso ao Poder Judiciário e ressalvado o que vier a dispor a lei prevista no art. 205 da Constituição."

12. Ressalte-se, por necessário, que esse dispositivo regulamentar não impede o acesso, dos órgãos e entidades nele referidos, ao Poder Judiciário. Mais, trata-se de preceito que objetiva estimular a solução doméstica de controvérsias interadministrativas, na esfera da própria Administração Federal, sem, no entanto, conferir definitividade às decisões prolatadas, que não se revestirão, por isso mesmo, do *final enforcing power*, tão peculiar à coisa julgada.

13. Há que se registrar, neste ponto, em face do sistema de jurisdição una – que tem prevalecido no Brasil, ao longo de sua história republicana –, que é ampla e irrestrita a supremacia dos tribunais judiciais na solução dos conflitos de interesses, inclusive nos casos que envolvam a própria Administração Pública.

14. O Poder Judiciário, nesse sistema, é o único competente para compor os litígios, mediante provimentos jurisdicionais definitivos e conclusivos, revestidos da autoridade da coisa julgada.

15. Exigir-se que as entidades descentralizadas da Administração Federal não ingressem em Juízo contra a União ou, ainda, desistam das ações por elas já ajuizadas, traduz determinação inaceitável, eivada do vício de inconstitucionalidade, porque, caso admitida fosse, estar-se-ia em face de direta colidência com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

16. Sequer interpretada pode ser a norma regulamentar mencionada, como veiculadora, para os entes da Administração federal descentralizada, de uma condição de procedibilidade, sem cuja prévia satisfação não se legitimaria o exercício do *jus actionis*.

Esse tema – requisito de admissibilidade do direito de ação – constitui matéria posta sob absoluta reserva de lei (ver CF, art. 8º, n. XVII, "b"), inadmitida qualquer ingerência normativa do Poder Executivo, mediante ato infralegal, de conteúdo regulamentar.

17. A regra inscrita no art. 205 do texto constitucional – que instituiu o sistema de contencioso administrativo em sentido próprio, com órgãos dotados de poder jurisdicional – não tem qualquer aplicabilidade ao caso, posto que o desenvolvimento da normação nele contida depende, necessariamente, da edição de lei – ainda inexistente – que defina a autoridade e os órgãos administrativos competentes, a quem caberá decidir as controvérsias de caráter interadministrativo.

Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, *non self-executing*, a depender de lei que a regulamente, motivo pelo qual não se reveste, ainda, de integral aplicabilidade (ver RTJ, vols. 92/363 – 95/459 – 103/672 – 103/1.148).

18. Em face do exposto, concluo pela incensurabilidade, no plano jurídico-constitucional, do procedimento da Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro e da Petrobrás, ambas entidades de direito privado, integrantes da administração federal descentralizada.

Brasília, 10 de agosto de 1988. – *J. Saulo Ramos*, Consultor-Geral da República.