
**LIMITES DO INTERESSE LEGITIMAMENTE DEDUTÍVEL EM JUÍZO
CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ERA DO *DEMANDISMO******LIMITS OF LEGITIMATELY DEDUCTIBLE INTEREST IN COURT
AGAINST THE PUBLIC ADMINISTRATION IN THE ERA OF
DEMANDISM*****CLAUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO**

Doutora pela ITE – Instituição Toledo de Ensino em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos e Mestre pela PUCSP. É Reitora do Centro Universitário de Bauru e Coordenadora do PPGD-ITE-Bauru, professora dos cursos de graduação e pós-graduação da ITE. Advogada.

GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN

Doutor em Direito do Estado pela USP – Universidade de São Paulo. Professor dos programas de Pós-Graduação da Unisa e da ITE - Instituição Toledo de Ensino. Parecerista da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB/SP. Advogado e parecerista em direito público.

RESUMO

Objetivo: Analisar em que medida a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade estão concretamente presentes em todos os processos em que a administração pública seja demandada. O que aqui se vai investigar são justamente os limites para uma atuação do particular contra a Administração Pública.

Metodologia: A metodologia utilizada é dedutiva, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com utilização do direito comparado e de legislação.



Resultados: O interesse processual para litigar depende da comprovação de fatos ou atos, positivos ou negativos, que na condição de situação legitimante, conectam, em tese, demandante e demandado. O interesse processual não depende da existência concreta de direito substantivo de mérito a ser deduzido em sentença. Em direito privado, a pretensão resistida *in concreto* depende da comprovação prévia da situação legitimante, que afasta o risco de decretação da carência e extinção do processo sem resolução de mérito. Em direito público, a situação legitimante que comprova o interesse pode decorrer de lei, ou da presunção de executoriedade ou imperatividade dos atos administrativos.

Contribuições: O Artigo contribui com a discussão sobre o demandismo crescente no Brasil, consequência do abandono dos cidadãos e entidades pela Administração Pública, que esperam uma resposta indefinidamente e, por vezes, são negados seus pedidos sem fundamento.

PALAVRAS-CHAVE: Interesse processual; demandismo; conflitos difusos; Administração Pública.

ABSTRACT

Objective: To analyze to what extent the legal possibility of the request, the interest to act and the legitimacy are concretely present in all the processes in which the public administration is demanded. What is going to be investigated here are precisely the limits for private action against Public Administration.

Methodology: The methodology used is deductive, by way of bibliographic and documentary research, using comparative law and legislation.

Results: The procedural interest to litigate depends on the proof of facts or acts, positive or negative, that in the condition of legitimate situation, connect, in theory, plaintiff and defendant. The procedural interest does not depend on the concrete existence of a substantive merit right to be deducted in a sentence. In private law, the claim resisted in concrete depends on prior confirmation of the legitimate situation, which avoids the risk of decreeing the grace period and extinction of the process without resolution of merit. In public law, the legitimate situation that proves the interest may arise from the law, or from the presumption of enforceability or imperativeness of administrative acts.

Contributions: The Article contributes to the discussion about the growing demandism in Brazil, as a consequence of the abandonment of citizens and entities by the Public Administration, who await an answer indefinitely and, sometimes, their unfounded requests are denied.



KEYWORDS: Procedural interest; demandism; diffuse conflicts; Public Administration.

INTRODUÇÃO: SALVANDO DIREITOS

O direito escapa. Em tempos de urgência social, não podemos nos perder nas análises jurídicas. O papel do Estado do Bem-estar nas emergências acaba assim ampliado. O foco dos teóricos do direito é garantir que uma atuação rápida e segura preserve direitos e subjetividades. Hipócrates estava certo: a arte é longa e a vida é breve (“Ars longa, vita brevis”), mas primeiro ocupemo-nos de não provocar mais dano (“Primum non nocere”). O direito público é um dispensário de soluções, e o conhecimento judicial dos temas precisa estar aprumado com as contingências da realidade.

O interesse de agir em juízo está ligado ao direito público subjetivo de exigir, do Estado-Juiz, a tutela sobre os conflitos individuais e sociais. Detém o Estado o monopólio da jurisdição, pois somente ele pode dizer em definitivo o direito aplicável a um dado caso concreto. Dizer o direito, sem aniquilar regimes.

Na data do ajuizamento de uma ação devem, assim, estar presentes os pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento regular do processo. Em seguida o juiz passa a verificar as condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de partes e o interesse processual. Pretendemos analisar em quais casos, e sob quais condições, está permitido defender em juízo uma dada pretensão em tese. Dizemos em tese, pois ao lado do interesse primário-material (conectado à situação de fato objetivamente existente) há o secundário-processual (conectado à possibilidade abstrata de vir a ser verdadeira a tese defendida na inicial de cada ação).

Em suma: os limites do legitimamente dedutível em juízo precisam ordenar o exercício possível de uma jurisdição para todos. Na era do *demandismo*, gizar direitos envolve proteger o maior quantitativo possível de regimes e respectivos sujeitos. O contrário disso seria simplesmente optar por um processo meramente



estocástico. Claro que a perfeita compreensão das justiça comutativa e distributiva é tema que desde Aristóteles nos persegue. Seguem aqui apenas alguns pontos técnicos de atenção. Nada mais.

2 O INTERESSE DE AGIR EM JUÍZO E O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Sem olvidar as teorias tradicionais, acerca das condições da ação (concretista, abstratista e eclética), é necessário analisar em que medida a *possibilidade jurídica do pedido*, o *interesse de agir* e a *legitimidade* estão concretamente presentes em todos os processos em que a administração pública seja demandada. O que aqui se vai investigar são justamente os limites para uma atuação do particular contra a administração.

A identificação do interesse processual em cada caso deve focar a *situação jurídica subjetiva substancial*, para saber se está ou não perfeitamente esquadrihada na *relação jurídica* sob análise¹. Casos haverá em que o contraditório de essência entre administração e administrado sequer se estabeleceu em bases verificáveis por critérios jurídicos.

O que se deve ter em mente é o âmbito de aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o princípio da demanda. A ideia de

¹ A doutrina sobre a *natureza jurídica do processo* é muito ampla. Todos os tratadistas do tema analisam o ponto. Analisemos a leitura que fazem Dinamarco, Araújo Cintra e Grinover. Mais tradicional é a visão do processo *como relação jurídica* (que se extrai dos estudos de Büllow, e até hoje possui grande aceitação em razão da dignidade científica que deu ao processo, até então permeado de casuísmos). Goldschmidt criticou profundamente a visão estreita da relação jurídica, e lançou as bases para a compreensão do *processo a partir da situação jurídica*. Neste estudo, não se vai analisar todas estas visões, mas apenas recolher, tanto da *relação jurídica* quanto da *situação subjetiva*, aquilo que, ao longo de cada argumento, melhor atenda ao ponto em debate. Até porque nos parece mais acertada a visão de Elio Fazzalari, quando rompe com a dicotomia deste debate e apresenta o processo como o “procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório” (cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, 2013, p. 317). Daí a máxima também hoje amplamente aceita segundo a qual, para Fazzalari, *o processo é o procedimento em contraditório*.



ubiquidade da jurisdição se apoia no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Quando não houver lesão nem ameaça é o caso de antes verificar se o magistrado judicial pode acabar se substituindo originariamente ao administrador.

Neste aspecto, a Constituição de 1988 representou um avanço em relação ao precedente texto da Carta de 1969, a qual, em seu art. 153, §4º, ditava que a “*lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*”. A Constituição de 88 ampliou a proteção do cidadão em relação ao sistema vigente anteriormente, que não reconhecia os interesses transindividuais. Aplicava-se no Brasil o mesmo barramento da jurisprudência italiana, segundo a qual “*un interesse che appartiene a molti non appartiene a nessuno, nessuno lo può portare in giudizio*”. Em 1988 até mesmo ameaças a direito passaram a merecer proteção.

Já no Código individualista de 1973, os processualistas brasileiros haviam traçado como meta superar o mero caráter *cripto-conglobante* do Código Unitário de 1939, para ter um mais sólido estatuto com mecanismos de proteção do direito individual. No mesmo momento histórico, pela Carta de 1969, restara protegido apenas o direito subjetivo individual materializado, o que repercutiu então no Código Buzaid e em sua busca pessoal pela “pertinência subjetiva da ação”.² Em 1973, portanto, não havia todo o caldo de cultura suficiente para o salto de qualidade que iniciaria com as reformas e se consolidaria com a Constituição Cidadã de 1988.

3 PROTEÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS DIANTE DO PODER PÚBLICO

Só com a Constituição de 1988 ganharam textual e preambular proteção os *direitos individuais e coletivos* (Título II – Dos direitos e garantias fundamentais).

² Neste sentido, ver Rodolfo de Camargo Mancuso, 1998, p. 146.



Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos). Assim, conforme dito acima, além da lesão direta a direitos, passa a ser *protegida também a mera ameaça* (art. 5º, inc. XXXV, CF). Pela mesma sistemática, a Constituição protege ainda o *interesse coletivo na busca de informações do poder público* (art. 5º, XXXIII, CF), o *mandado de segurança coletivo* (art. 5º, inc. LXX, CF), a *defesa de interesses coletivos por associações profissionais ou sindicais* (art. 8º, inc. III, CF), e a *proteção de interesses transindividuais pelo Ministério Público* (art. 129, inc. III, CF). Vale dizer: a Constituição protege os sujeitos perante a administração em sua dimensão individual e assim também transindividual.

Todos estes direitos explícitos – sem exclusão dos implícitos e dos programáticos daí decorrentes – tiveram, por evidente, repercussão nas normas processuais. E de nada adiantaria a Constituição traçar direitos para depois não serem estes exercitáveis, em razão da potencial frustração por conta das “faixas de estrangulamento” entre direito processual-adjetivo e direito material-substantivo (DINAMARCO)³.

Nessa linha de entendimento, o interesse processual deve instar o cidadão a procurar a administração para uma solução sem litígio, mas não servir de apoio para impedir o acesso aos mecanismos processuais de proteção do seu direito. Filiamos-nos ao ensinamento de ALDO ATTARDI, segundo o qual o interesse de agir é remédio extremo, que exige do cidadão a comprovação de terem se mostrado infrutíferas as suas tentativas extraprocessuais concretas.

Na visão de ATTARDI, o autor do clássico “*L’interesse ad agire*”, o demandante deve – *tem obrigação de* – eleger a via mais *rápida, econômica e conveniente* para lhe permitir o acesso ao bem da vida requerido (trinômio *necessidade-utilidade-adequação*). “Em resumo, o interesse processual reside na

³ Diz Cândido Rangel Dinamarco que “a autonomia do direito processual e sua localização em plano distinto daquele ocupado pelo direito material não significa que um e outro se encontrem confinados em compartimentos estanques. Em primeiro lugar, porque o processo é uma das vias pelas quais o direito material transita rumo à realização da justiça em casos concretos; ele é um instrumento a serviço do direito material. Depois, porque existem significativas *faixas de estrangulamento* ou momentos de intersecção, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico” (cf. “Instituição de Direito Processual Civil”, Vol. I, Malheiros Editores, 2001, p. 43).



resistência à pretensão manifestada e na proibição da proteção do direito com o uso da própria força”, conclui Maria Isabel Ramalho, em sua tese de doutorado em direito processual civil.⁴

4 A GENERALIDADE DO LEGITIMAMENTE DEDUTÍVEL EM JUÍZO

O interesse para ser legitimamente dedutível em juízo não depende da verificação e existência da relação de direito substancial, pois caso contrário somente seria passível de aferição juntamente com o mérito da demanda (e nunca haveria hipóteses de extinção do processo sem resolução de mérito). Não é a relação substancial real e definitiva – que será afinal deduzida – que importa na verificação das condições da ação, mas sim a relação de direito material requerida “initio litis” tal como apresentada pelo autor em pleito inicial.

Neste sentido vai também o comentário que retiramos do “Código de Processo Civil Interpretado”:

A legitimidade processual nada mais é, pois, do que reflexo da própria legitimação de direito material. Da mesma forma que a validade e a eficácia de um ato concernentes à relação jurídica substancial dependem de estar o agente investido de condição legal para praticá-lo, também o ato processual consubstanciado na demanda deve envolver sujeitos que, em tese, encontram-se naquela situação da vida trazida à apreciação do juiz.⁵

Eis aí a situação da vida da qual pode surgir a *situação legitimante*: que conecta (*inter essere*) o *sujeito legitimado* e o *interesse processual* de que passa a ser detentor. O interesse pessoal é qualificado pela *condição legal*, e assim se torna um interesse juridicamente protegido perante a administração e subseqüentemente em juízo.

⁴ Em “Legitimidade para Agir”, tese de doutorado em processo civil defendida na PUC-SP, em 2007, pp. 64/65, em que trata também do interesse processual.

⁵ Cf. Comentários de José Roberto Bedaque ao art. 6º do CPC, 2004, p. 53.



Ocorre que vivemos imersos em uma administração atrabiliária e um judiciário desumanizado, premido por pautas e planilhas de atendimento estatístico. A fragmentação da cultura e o abstracionismo da informática levam a esse desrespeito prático. A ideia de respeito ao “humanum” é muito antiga, mas parece que está se perdendo.

Ao estudar a justiça e o direito em Roma EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (2006, p.194) ensina que “a educação para o *humanum*, no sentido de respeito pelo outro, como comportamento a observar nas relações entre homens, só mais tarde produziu efeitos nas relações entre povos, nas formas de tratamento dos vencidos e na disciplina normativa dos contactos entre entidades políticas.” Ao que parece, infelizmente, tais valores não estão agregados à cultura judicial e administrativa de modo amplo e irrestrito entre nós brasileiros.

Neste rápido estudo se pretende apontar caminhos para a ampliação do conhecimento judicial diante de absurdos administrativos. Sem, é claro, descuidar de um quadro mínimo protetivo do bom funcionamento da administração para todos. Antes de adentrar o tema central deste artigo, vale um rápido esboço histórico para contextualizar a importância do tema judicial no momento atual.

5 VISÃO PROSPECTIVA NO TEMPO: DA AUTOAFIRMAÇÃO DO PROCESSO INDIVIDUAL AO SURGIMENTO DO PROCESSO COLETIVO

No século XIX, surge no direito moderno a ideia de legitimação democrática (até este momento histórico a norma era muito mais concebida como uma simples pauta de conduta posta por antecipação, do que algo decorrente da vontade geral traduzida em uma lei votada por consenso e regra de maioria). E se antes a norma era uma pauta de conduta verbalmente proferida (e podia tratar de normas processuais), não poderia mesmo haver questionamentos teóricos sobre a natureza do *edito pretoriano* ou o desrespeito ao efeito translaticio sobre o *edito anual*, ou



menos ainda sobre a insegurança de se produzir um *edito repentino*. (LOPES, 2000, p.52)

Por mais paradoxal que hoje possa parecer, foi pela garantia de uma visão individualista extremada (pautada no direito subjetivo legislado e votado por regra de maioria) que os instrumentos processuais se afirmaram como protetores do direito material geral com acesso isonômico a todos. Até este momento vivia-se no direito um excesso de elementos hauridos do processo formular, e suas repercussões no medievo, quando “transformar a disputa num caso jurídico-judicial era um sinal de estilo, honra e *status* social mais acessível a uma classe social do que a outra, uma distinção” (LOPES, 2000, p.48).

É, em grande medida, a escola do direito romano atual, na Alemanha, que irá iniciar a era das codificações modernas por meio das glosas ao Código de Justiniano. Deste trabalho de exegese surge o Código Civil Alemão (BGB), que é a base para grande parte dos demais Códigos de influência ocidental, e daí *romano-germânica*.⁶

Com o século XX, reconhece-se a sociedade de massas e a necessidade de busca de mecanismos de efetividade em larga escala. E aqui talvez o germe do *demandismo* dos tempos atuais, em que todo tipo de conflito remete a soluções e formas processuais em nossa zona de influência *romano-germânica*. O *demandismo* está “*insuflado por uma concepção anacrônica, ufanista e irrealista do acesso à Justiça (extraindo-se do art. 5º, XXXV da CF o que nele não se contém), em detrimento daquilo que configura a vera cidadania, a saber: o estímulo à auto ou heterocomposição dos conflitos, fora e além da estrutura judiciária estatal*”. (MANCUSO, 2010, p.73).

Esse excesso de conflitos é uma realidade no ocidente, em que a busca da *auctoritas* se relaciona à função pretoriana de impor a paz social (TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR). Concordamos com LUIZ OLAVO BAPTISTA quando lembra que no oriente, de notória influência confucionista, busca-se muito mais

⁶ Neste sentido, ver TOMELIN, 2018, p. 100.



evitar o judiciário, e obter soluções por mediação, do que demandar irrefreadamente, o que parece sim mais propício a um sistema social efetivamente equilibrado (rompendo com a máxima segundo a qual “*communio est mater rixarum*”).

Para GUY DEBORD, a sociedade de massas é a sociedade do espetáculo e, portanto, *da visão de mundo efetivada a partir da imagem* (aforismo nº 5), sendo certo que numa sociedade em que *reinam as condições modernas de produção se anuncia como imensa a acumulação de espetáculos* (aforismo nº 1).⁷ Surge o que a doutrina italiana chama “*conflittualità massima*”.⁸ E o palco deste grande espetáculo procedimentalizado é, certamente, o processo judicial (ampliado hoje também pelo espaço arbitral com o novo CPC, nos termos dos arts. 3º, §1º, 42, 337, inc. X, e 485, inc. VII)⁹.

⁷ In “*La Société du Spectacle*”, Folio Gallimard, Paris, 1992. Diz o original nas pp.15/17: « 1. *Toute la vie des sociétés dans lesquelles règnent les conditions modernes de production s’annonce comme une immense accumulation de spectacles. Tout ce qui était directement vécu s’est éloigné dans une représentation. 5. Le spectacle ne peut être compris comme l’abus d’un monde de la vision, le produit de techniques de diffusion massive des images. Il est bien plutôt une Weltanschauung devenue effective, matériellement traduite. C’est une vision du monde qui s’est objectivée.* »

⁸ Para um aprofundamento desta ideia, ver Rodolfo de Camargo Mancuso, 1998, em especial pp. 74/75.

⁹ Ver a excelente obra “Vinculações Arbitrais” do processualista Paulo Magalhães Nasser, 2019, que trata justamente da procedimentalização em matéria arbitral e do respeito à principiologia processual. No concernente às arbitragens na administração pública vale a leitura do artigo *Reequilíbrio contratual por fato superveniente: do processo administrativo ao judicial em situações de emergência*, de Georghio Tomelin e Paulo Magalhães Nasser, na obra coletiva “As implicações da COVID-19 no Direito Administrativo Brasileiro”: “O artigo 1, §1º, da Lei de Arbitragem, com redação dada pela Lei 13.129/2015, prevê expressamente que a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Assim, estando a arbitragem prevista no edital e no contrato, o pleito de restabelecimento do equilíbrio do contrato, negado administrativamente, poderá ser levado ao tribunal arbitral para que decida sobre sua pertinência e legalidade. A permissão para que a administração participe de arbitragens já havia sido reconhecida pela lei e pela jurisprudência em diversos momentos. Como exemplo de leis que já previam a arbitragem com o Poder Público, podem ser citadas: a Lei de Concessões (Lei Federal nº 8.987/95); a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 11.079/04); a Lei Federal nº 9.478/97 (Concessão para exploração de petróleo e gás); a Lei Federal nº 10.233/01 (transportes aquaviários e terrestres); a Lei Federal nº 11.909/09 (transporte de gás natural); e a Lei Federal nº 12.351/10 (Exploração no Pré-Sal)”.



6 CONFLITOS DIFUSOS QUE INFLUEM NA COMPREENSÃO PROCEDIMENTAL ESTATAL

O excesso de conflitos do Estado Moderno torna imperiosa a melhoria orgânica das estruturas e da qualidade subjetiva dos operadores do direito. Neste sentido, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO relembram os impactos das três ondas renovatórias: (i) a melhoria da assistência judiciária, (ii) a tutela dos interesses supraindividuais e (iii) a simplificação e racionalização dos mecanismos de acesso à justiça.

E arrematam os precitados processualistas:

Mas ainda resta muito a fazer. A fase instrumentalista não terá desempenhado o relevante papel que se propõe para o aprimoramento do serviço de pacificação social, enquanto não tiver cumprido razoavelmente os propósitos expressos nas três *ondas renovatórias* desenvolvidas em sede doutrinária. Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um *processo de massa*, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supraindividuais e relativa superação das posturas individuais dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um *processo sem óbices econômicos e sociais* ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com seus escopos, é preciso também *relativizar o valor das formas* e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2013, p.53).

Sáímos de um *processo de conceitos* e passamos a buscar um *processo instrumental e de resultados*, o que já foi uma enorme evolução para a instrumentalidade. Ressalta Ana Marcato (2006, p.132) que:

[...] a partir de meados do século XX a doutrina internacional do processo civil passou por um período de mudanças, esforçando-se para levantar a bandeira da efetividade do processo; entretanto, o nosso Código de 1973 não pôde ser inspirado por essas mudanças, já que essa tendência à efetividade chegou mais tarde às terras brasileiras. Em função disso, as tendências processuais revolucionárias (...) inspiraram as reformas ao Código de Processo Civil, que foram levadas a cabo, principalmente, a partir de 1992.



Como repercussão da necessidade de se buscar efetividade e instrumentalidade no processo, são identificáveis algumas premissas metodológicas da Codificação no Século XX. Temos nesta fase (i) a abertura das formas processuais aos elementos externos via direito material (devido processo legal substantivo); (ii) a busca de soluções via direito coletivo (*class actions*) com a tentativa de superação da “*summa divisio*” entre o público e o privado (CAPPELLETTI)¹⁰; e (iii) o abandono de um processo de conceitos pelo estabelecimento de mecanismos de desburocratização do sistema processual (*instrumentalidade*).

Ou seja, sendo inegável que hoje estamos diante de um gigante mercado de consumo (de serviços públicos muitas vezes), os entes estatais não podem “simplesmente fechar os olhos para as atuais relações entre aqueles que ofertam um produto ou serviço e aqueles que os adquirem, visto que, indubitavelmente, por conta das inúmeras diferenças entre os dois polos da relação, o Estado deve intervir” (RAGAZZI; HENESKO; HONESKO, 2016, p.24). Teremos o poder público interferindo em tais relações e outras vezes atuando diretamente para resolver problemas de amplo espectro (ao fundamento do conhecido “*too big to fail*”).

No direito material, temos o abandono de uma visão excessivamente *estatólatra* (“*apaixonada cegamente pelo Estado*”), em que o Estado fica acima de qualquer controle. Não é demais lembrar que o Código de Defesa do Consumidor pretendeu inserir os serviços de natureza governamental sob seu manto.¹¹ Isto porque estamos diante de:

[...] uma relação que, em princípio, é sinalagmática, gerando obrigações bilaterais, para a prestadora do serviço essencial e para o consumidor, já que, assim como ela não pode interromper o fornecimento do serviço em questão, ele também não pode deixar de cumprir com sua parte, que é proceder ao pagamento da tarifa ou preço público respectivo (RAGAZZI; HENESKO; HONESKO, 2016, p.164).

¹⁰ Interessantes os comentários de Rodolfo de Camargo Mancuso, 1998, p. 32.

¹¹ Sobre as diferenças de impacto do regime administrativo e do regime consumerista, remetemos o leitor ao estudo TOMELIN, 1997.



E se o Estado está nessa relação sinalagmática, não há como não responder a partir de requisitos processuais aferíveis em juízo.

Não é demais lembrar que a primeira Constituição Brasileira de 25 de março de 1824 albergava a irresponsabilidade da administração e a infalibilidade do Imperador (*Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma*). Antes disso simplesmente não haveria responsabilidade do Estado, pois a Majestade presumivelmente teria agido em nome da razão de Estado, e quem acabou prejudicado não teria mais a fazer do que suportar.

Assim, ao lado dos mecanismos processuais e ondas renovatórias, o direito material abriu a porta para o questionamento da administração, por legitimados ordinários e extraordinários. A cura do *interesse cívico* ficou a cargo do cidadão (via ação popular) ou pela adscrição de interesse por ficção legal para o ministério público (como advogado da sociedade), ou ainda via associações tematicamente organizadas e afetadas à defesa de um setor ou zona de interesse coletivo do corpo social.

Se estamos diante de direitos de cidadania, ou que instrumentalizem direitos que mediatamente garantam o Estatuto do Cidadão, temos que ampliar as correlatas possibilidades do cidadão em juízo. Isto porque:

[...] a consideração dos direitos sociais enquanto *corpo da cidadania*, sua condição de existência, por ela se realizam e irradiam seus reflexos diretos no âmbito social, como também traz a lume as necessidades humanas e insere o ser humano em condições mínimas em seu ponto de partida social (TOLEDO, 2015, p.118).

Esse cenário de amplo espectro no debate sobre direitos transindividuais foi importante para ampliar ainda mais as possibilidades de conhecimento judicial sobre as matérias internas da administração pública. Ao falarmos em conhecimento judicial em face da administração, é que surge o tema dos âmbitos quantitativo e qualitativo prestantes à inversão das posturas e deferimentos administrativos mediante decisões judiciais de mérito.



7 SOBREVIDA DO TEMA DO PRÉVIO EXAURIMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS

Ao lado da adscrição de legitimidade ordinária e extraordinária para demandar a administração, outros filtros processuais serviram, ao longo dos anos, como *cláusula torniquete* regulatória do fluxo de processos na justiça.

É hoje unânime a compreensão de que o direito de ação contra a administração pública não tem seu exercício limitado pela necessidade de prévio exaurimento das vias administrativas (mas nem sempre foi assim). É que no regime constitucional anterior, se aplicava o art. 267, inc. VI, do CPC73, para extinguir sem resolução de mérito os pleitos contra a administração que não demonstrassem o prévio recurso por todas as instâncias possíveis do processo administrativo (houve muitas decisões judiciais neste sentido).

Para tais situações é que dizia a antiga Súmula nº 213 do Tribunal Federal de Recursos (o TFR, que no regime constitucional de 88 teve sua competência repartida em 5 Tribunais Regionais Federais – TRFs), que em matéria previdenciária não era necessário se exaurirem as possibilidades de recurso perante os Conselhos Recursais da Previdência Social, como condição prévia à propositura de ação contra o INSS. Vejamos:

TFR Súmula nº 213, de 21.05.1986 - DJ 03.06.86: “O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”.

Tal jurisprudência se formou em razão de o INSS demorar, em muitos casos, para dar respostas aos pleitos que se colocavam administrativamente perante sua estrutura “disfuncional”. Muitos magistrados acabavam por rechaçar demandas tidas por prematuras, por entenderem que uma solução “positiva” administrativa poderia ter ocasião e deveria ser aguardada.¹² Muitas ações contra o INSS sequer começavam. Enquanto isso, os segurados do INSS faleciam.

¹² Remetemos o leitor ao artigo TOMELIN, 2001.



Tratava-se, portanto, de interpretação abrogante do sistema processual e da própria vida do jurisdicionado. Pretender que ele aguardasse a autarquia previdenciária se movimentar para somente após isso ter ele o direito ao socorro judicial era o mesmo que decretar a morte antecipada do seu direito de ação. A súmula do extinto TFR veio para encerrar o triste debate que aniquilava a efetividade do processo nesta matéria.

Afastou-se a vetusta jurisprudência que exigia o *prévio exaurimento das vias administrativas*, e passou-se então a compreender que a atuação ou omissão da administração pública não pode, portanto, balizar os limites do direito de ação contra ela mesma. Acaso a lei tivesse a virtualidade de impor tal dificuldade, estar-se-ia a outorgar, a uma das partes na demanda, a prerrogativa de obstaculizar por seus atos o direito potestativo de o prejudicado ir em juízo. O que deixava o autor da ação em situação de carência processual por falta de interesse de agir.

Uma norma legal que impusesse o prévio exaurimento das vias administrativas seria evidentemente inconstitucional, por ser atentatória ao princípio da isonomia, uma vez que destruiria a “paridade de armas” (“*Waffengleichheit*”). Sem paridade de armas, a administração teria a opção de demandar o administrado, enquanto o administrado não poderia escolher o momento inicial para litigar contra a administração.

Uma tal sistemática teria como antecedente lógico um comando no sentido de que o sistema processual estivesse dizendo: o prejuízo alegado só passará a ser uma pretensão jurídica tutelável quando a administração pública concluir sua análise (o que pode nunca ocorrer). Antes disso, só teria direito de aguardar. Isto não se confunde com o consagrado direito de o administrado esperar pela decisão administrativa terminativa antes de litigar em juízo, se assim julgar conveniente, pois a prescrição não corre neste tempo (art. 4º, Dec. 20.910/32)¹³.

¹³Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.



Não por outra razão, as atuais Súmulas Vinculantes 21 e 28 do Supremo Tribunal Federal vedam a exigência de depósitos ou caução como condição de admissibilidade para processamento de recurso administrativo ou para obstaculizar o acesso às instâncias judiciais. Vejamos:

Súmula Vinculante 21 – STF: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

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

Assim sendo, não faz qualquer sentido a exigência de prévio exaurimento das vias administrativas como condição de procedibilidade, ou requisito extrínseco para o ajuizamento de ação judicial contra a administração pública, ou menos ainda como situação jurídica utilizável para retirar o interesse de agir da pretensão do administrado lesado. As referidas súmulas vinculantes e a jurisprudência consolidada dos tribunais o garantem.

Isto não significa, todavia, que não se exige a pré-existência de risco potencial ou de *situação legitimante* como condição da ação em tais hipóteses. A constatação de situação legitimante engaja tanto a legitimidade processual quanto o interesse de agir.¹⁴ Vale dizer, não é porque não há o requisito de prévio exaurimento das vias administrativas, que o particular pode ir em juízo pedir o que sequer demandou perante a administração pública.

¹⁴ Segundo Susana Henriques da Costa: “A legitimidade de parte ‘depende daquilo que a doutrina denomina de situação legitimante, isto é, a situação com base em que se determina qual o sujeito que, em concreto, pode e deve praticar certo ato. Dela decorre a situação legitimada, ou seja, o poder, a faculdade ou o dever que, em consequência, vem a pertencer ao sujeito (...). O direito afirmado deve pertencer àquele que propõe a demanda e ser exigido do sujeito passivo da relação material exposta’ [Bedaque, *in* Pressupostos Processuais e Condições da Ação, *Justitia* 53(156), p. 57], Em COSTA, 2005, p. 64.



8 A FINALIDADE DE SE IDENTIFICAR A PERTINÊNCIA SUBJETIVA ENTRE A TESE DEFENDIDA NA AÇÃO E A SITUAÇÃO LEGITIMANTE

Temos aqui utilizado a locução situação legitimante por diversas vezes. Donaldo Armelin preferia falar em legitimação. Para ele legitimação seria “uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado”. Para o notável e saudoso processualista da PUC/SP, tal qualidade legitimante resultaria de “situação jurídica oriunda precipuamente da titularidade de uma relação jurídica ou de uma posição em uma situação de fato, à qual o direito reconhece efeitos jurídicos” (ARMELIN, 1979, p.11). A legitimação, portanto, decorre da situação jurídica subjetiva, para usar a expressão de Santi Romano (1947) que dividia ainda as situações jurídicas subjetivas em ativas e passivas.

Não há dúvida de que o interesse substancial de mérito não se confunde com a tese jurídica esboçada na inicial do pleito judicial, sendo esta tese – e não o direito outorgado pela sentença – a que permite a verificação da existência ou não do interesse processual *initio litis*¹⁵.

Não fosse assim, a decretação de carência da ação não seria hipótese de extinção da relação jurídica sem resolução de mérito; e a existência de legitimidade processual implicaria a procedência automática do pedido. “Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático” (NERY e NERY, 2016, p.1205).

O fato de a verificação do interesse processual se dar a partir da tese e descrição esboçadas na inicial não exime o autor de apresentar os fatos, atos ou

¹⁵ “ENRICO TULLIO LIEBMAN advoga tese sobre a existência de dois interesses: o de direito material, que ele chama primário e o processual, que denomina secundário. Este interesse secundário e instrumental em relação ao interesse substancial tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, quer dizer, pela situação de fato objetivamente existente”, conclui Maria Isabel Ramalho, em sua tese de doutorado, na página 64. E acrescentamos nós: essa situação objetivamente existente é a situação legitimante que engaja, como condição necessária, mas não suficiente, a legitimidade de parte e o interesse de agir.



omissões do demandado, que lhe geraram a pretensão resistida. Vale dizer, uma vez existindo a pretensão resistida qualificada teremos interesse processual efetivo quando o bem da vida não puder ser obtido sem a intervenção do *comunicador normativo* (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR), representado pelo Estado-Juiz.

Neste mesmo sentido leciona ARRUDA ALVIM (2005, p. 354):

O interesse de agir é, enquanto condição da ação, considerado sob o ângulo exclusivamente processual. (...) O interesse de agir, *normalmente*, decorre da demonstração de que a outra parte omitiu-se ou praticou ato justificador do acesso ao Judiciário. (...) O interesse substancial é aquele diretamente protegido pelo direito material; é um interesse de índole primária, dado que incide diretamente sobre o bem.

E aí reside a finalidade essencial do estudo das condições da ação: permitir que exista uma demanda judicial procedimentalmente madura e ajustada a encerrar a lide (julgando-a validamente em um ou outro sentido). A atuação do Estado-Juiz, na condição de comunicador normativo, é que vai dizer em definitivo o direito aplicável em nome do Estado. O que se dá com o encerramento da lide: seja com resultado de provimento positivo, seja pela rejeição.

Nas palavras de CHIOVENDA (1940, p.63): “E qui si studiamo anzitutto le condizioni perchè esista un processo e sia possibile un provvedimento di merito (pressuposti processuali). Viene poi la domanda giudiziale, la quale – fondata o infondata qui sia – dà vita in ogni modo al rapporto giuridico processuale”. Vale dizer: antes de tudo vejamos as condições, para só depois perguntar se a demanda é fundada ou infundada.

Em suma: o fim inicial da verificação preliminar das condições da ação é justamente evitar o início de um processo natimorto. Por isso se exige que a ação intentada tenha, no mínimo, pertinência subjetiva. Segundo o profundo estudo de SUSANA HENRIQUES DA COSTA:

“O termo ‘pertinência subjetiva da ação’ é construção de Liebman e descreve de modo conciso o conceito de legitimidade *ad causam*. Ela diz respeito à titularidade ativa e passiva da pretensão deduzida na demanda. Para Liebman,



portanto, 'a legitimação para agir é (...) a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo' [Liebman, *in* Manual de Direito Processual Civil, p. 159]. (COSTA, 2005, p.64).

Essa titularidade da demanda, do ponto de vista da teoria geral do direito, nada mais é do que uma situação jurídica subjetiva.

9 SITUAÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA LEGITIMANTE DO INTERESSE PROCESSUAL NO CASO CONCRETO

As situações jurídicas subjetivas se dividem em ativas e passivas. Tais situações são qualificadas pelo ordenamento e não se confundem com o pressuposto lógico das normas que lhes servem de arrimo. Nelas se concretiza, diante de uma dada situação, o caráter abstrato lançado *in genere* nas normas legais.

Vejamos a lição precisa de Paul Roubier (1963, p.2), em "Droits subjectifs et situation juridiques":

Criterion de la distinction des règles juridiques et des situations juridiques. Les règles juridiques, aussi bien que les situations juridiques, bénéficient de l'appui de la puissance publique, qui leur accorde, principalement par la voie des autorités judiciaires, sa sanction. Ce n'est donc pas par le caractère plus ou moins impératif qu'elles se distinguent ; elles sont également assorties de l'impératif juridique, et c'est ce qu'implique le qualificatif de «juridique» qui leur est commun. Mais, tandis que les règles juridiques ont un caractère général et abstrait, les situations juridiques ont, elles, un caractère individuel et concret. Le caractère général et abstrait attaché aux règles proprement dites, telles que celles qui figurent le plus ordinairement dans les lois et les règlements, empêche qu'on puisse chercher des règles véritables dans les actes juridiques privés, dans les décisions administratives, dans les jugements des tribunaux, qui ont un caractère essentiellement concret, visant un cas particulier.



Quando se trata do interesse processual, o demandante deverá comprovar-se conectado ao demandado por uma situação jurídica específica, sem o que carecer-lhe-á o direito de demandar em juízo. Nesse sentido, vale novamente a lição de ARRUDA ALVIM quando trata da legitimidade para a causa e a falta da situação legitimante que lhe serve de substrato, raciocínio este que serve também para a verificação da carência por falta de interesse processual: “A legitimidade é ideia transitiva, isto é, alguém é legítimo em função de outrem; vale dizer, o perfil final da legitimidade exige a consideração do outro, ambos esses polos ligados a uma situação legitimante (ARRUDA ALVIM, 2005, p.359).

ELIO FAZZALARI assinala ainda que a legitimação decorre de situações legitimantes e legitimadas, quando trata especificamente da legitimação para agir. Remarcamos neste ponto que é muito mais robusta a teoria sobre critérios e verificação da legitimação processual, talvez porque a relação de interesse e a tese jurídica, ou sua falta ou deficiente traçado, em pequena medida sejam fontes de problemas práticos em direito privado. Vejamos então FAZZALARI (1989, p.289):

La legittimazione ad agire va considerata – alla stregua della legittimazione in genere, quale nozione di teoria generale – da due angoli. Chiamiamo ‘situazione legittimante’ il punto di aggancio della legittimazione ad agire, fuor di metafora la situazione in base alla quale si determina qual’è il soggetto che, in concreto, può e deve compiere un certo atto, e ‘situazione legittimata’ il potere, o la facoltà, o il dovere – o una serie dei medesimi – che, di conseguenza, viene a spettare al soggetto individuato, val dire il contenuto della legittimazione, ciò in cui essa consiste.

Já no direito público, estaremos diante de situações legitimantes ou legitimadas que dependem do exercício de competências legais, que nem sempre serão facultativas ou discricionárias. Vejamos.



10 DA VERIFICAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR DIANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A constatação da *situação legitimante ou legitimada* que engaja o interesse de agir tem contornos distintos no direito privado e no direito público. No direito privado, a pretensão resistida nasce sob o pressuposto de que as partes estão em plenas condições de igualdade formal, pois nenhuma delas possui regime de prerrogativas.

Já em direito público a situação processual é diferente, e aí reside a dificuldade do particular em provar, contra o entendimento da administração, que sua tese é sustentável e tem interesse de socorrer-se do judiciário para fazer valer sua pretensão. Não faltam ações em que administração faz perimir o direito do particular e depois alega sua falta de interesse processual. Acabamos, por vezes, diante de verdadeira *petição de princípios*, constatável em pedidos judiciais apresentados pela administração pública.¹⁶

Isto tudo ocorre porque a administração tem o *privilégio de andar na frente*, exatamente pelo que se denomina “*privilège du préalable*” no direito francês. Afirmam RIVERO e WALINE: “On désigne en général par *privilège du préalable* la

¹⁶ Dois rápidos exemplos que já vivenciamos na prática. A administração pública demite um servidor em processo administrativo disciplinar, sem respeito ao direito de defesa (como se a *verdade sabida* ainda tivesse cabimento perante a CF88). O servidor é reintegrado por medida liminar, mas a administração o deixa afastado, e cumpre liminar apenas mantendo o salário. Em seguida, a administração recorre da liminar ao argumento de que o servidor não está trabalhando (quando isso somente ocorre porque a administração não cumpriu integralmente a liminar). Outro exemplo. A administração evita receber uma liminar de suspensão de uma licitação, e inicia o certame apesar de já suspenso judicialmente. Em seguida suspende o certame, “cumprindo” a liminar a seu modo, e assim fixa o rol de licitantes participantes. O licitante que obteve a liminar não integra este rol, pois obteve a liminar suspendendo o certame e assim não apresentou proposta. A administração pede a cassação liminar ao argumento de que o licitante sequer participou, quando na verdade não participou pois sabia que o certame não deveria sequer começar. A administração obtém o seguimento do certame pois o litigante em juízo “teria” perdido o interesse processual. Temos aqui dois exemplos de *petição de princípios*, que infelizmente, por vezes, acabam acolhidos pelo Poder Judiciário.



situation ainsi faite à l'administration du fait de l'autorité qui s'attache à sa décision *préalablement* à toute vérification par le juge." (RIVERO; WALINE, 1994, p. 90).¹⁷

Tal visão superdimensionada da retidão ou correição apriorística da administração pública – com presunção de veracidade e legitimidade de tudo o que promove ou decide – foi importada para o Brasil, até com certo exagero. Uma tal compreensão da posição processual privilegiada da administração não pode sobreviver diante do novo CPC de 2015 e da nova LINDB. Vejamos dois dispositivos relevantes para o presente debate:

CPC15: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

LINDB: “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.”

Em síntese, o juiz não pode decidir com base em fundamentos escusos hauridos pela administração (sem ouvir o administrado), nem invalidar atos sem indicar de modo expresso as consequências jurídicas correlatas.

Por outro lado, temos que admitir que haverá situações múltiplas em que o administrado não precisará comprovar a situação jurídica subjetiva que o conecta à lesão ou à potencial ameaça de direito (posto decorrente de competência legal explícita, cuja práxis demonstra publicamente como será exercida). Isto não o desobriga de requerer perante a administração seu direito ou interesse, sem o que levará às barras da justiça um tema que sequer foi objeto de pedido perante a administração demandada.

¹⁷ LONG et al., em comento ao acórdão “*Chambre Syndicale des Constructeurs de Moteurs d'avions*”, asseveram que o “*privilege du préalable*” é um princípio fundamental do direito público francês, em virtude do qual as decisões da administração – diferentemente das dos particulares – são executórias por si mesmas. No original: “*C'est un principe fondamental de notre droit public que l'administration dispose du privilege du préalable, en vertu duquel ses décisions, contrairement à celles des particuliers, sont exécutoires par elles-mêmes*” (in LONG; Et. Al., 1996, p. 329).



A teoria dos vícios ou defeitos dos atos administrativos existe justamente para parametrizar a ilegalidade potencial praticada, seja no exercício de competências discricionárias ou vinculadas. Vejamos o entendimento de ENRICO GUICCIARDI (1957):

*La sanzione dell'atto amministrativo illecito è quella della riparazione del diritto leso, che avviene nella maggior parte dei casi col risarcimento del danno subito dal cittadino, e talora anche colla reintegrazione in forma specifica. Tuttavia, per quanto esistano dei mezzi giuridici per indurre l'Amministrazione all'adempimento specifico, essa non può esservi costretta; cosicchè, ove persista nel rifiutarvisi, non rimane al cittadino che chiedere il risarcimento del danno, poichè soltanto questo è garantito in ogni caso, essendo tutte le prestazioni dell'Amministrazione convertibili, in ultima analisi, nel loro equivalente patrimoniale.*¹⁸

Em síntese: na visão de GUICCIARDI, enquanto existirem os meios específicos para induzir a administração a um dado adimplemento esta não poderia ser constrangida judicialmente a tanto. E o referido autor vai mais além: entende que tudo se resolve, “in extremis”, em perdas e danos com a reposição do equivalente patrimonial perdido. Nós, de nossa parte, entendemos que o magistrado, à luz do direito brasileiro, tem o dever de evitar o perecimento de direitos quando seja possível.

11 ALGUMAS HIPÓTESES DE PLEITOS RESISTIDOS OU POSTURAS INCONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO

Evidentemente não está o administrado-jurisdicionado obrigado ao prévio exaurimento das vias administrativas, conforme já exposto acima. Deve manusear o direito de petição constitucionalmente consagrado, para que não se lhe impute ter escondido da administração a sua pretensão.

¹⁸ É a lição do amigo pessoal de Aldo Attardi, o administrativista de Padova, Enrico Guicciardi quando trata dos limites da atividade administrativa e suas consequências, em 1957, p. 20.



Estará assim obrigado a comprovar em juízo que houve ao menos algum debate acerca da relação jurídica de direito material que pretende ver deduzida em Juízo. Sua pretensão perante a administração precisa estar minimamente resistida.

Seu pleito perante a administração será ainda substancialmente diferente acaso estejamos diante: (i) de um pleito de indenização (na condição de cidadão submetido a uma situação de sujeição geral), ou (ii) da tentativa de obtenção de uma licença ou autorização (o que amplia a sua esfera de direitos e possibilidades perante a sociedade), ou (iii) ainda para a obtenção de vantagens ou benefícios financeiros (na condição de fomentado, contratado ou servidor, em que estará sob o manto do regime de submissão especial).

A única exceção em que o administrado não precisará comprovar qualquer debate ou pleito perante a administração, é aquela em que sua tese jurídica tiver como antecedente lógico a inconstitucionalidade da norma que impede ou ameaça o seu acesso ao direito. É que a administração está sujeita ao princípio da legalidade, e deve *aplicar a lei de ofício* (SEABRA FAGUNDES, 1967), e assim, portanto, basta a alegação de inconstitucionalidade para deixar patente o receio de que a administração deverá aplicar a norma inconstitucional *ex officio* até que a mesma seja retirada do sistema jurídico (por revogação por outra lei, ou declaração de inconstitucionalidade pela via direta ou *incidenter tantum*).

Na mesma linha acima, relembra RICARDO APRIGLIANO (2011):

Do conceito de interesse público primário extrai-se que a Administração deve tutelar não o seu interesse como sujeito de direito, mas o interesse da coletividade representada pela Administração. Neste sentido, estando ela submetida em primeiro lugar ao princípio da legalidade, pode-se afirmar que, em muitas situações, o interesse público deve fazer com que a Administração, por exemplo, reconheça um desequilíbrio contratual e institua os mecanismos para o seu reequilíbrio, ou que se abstenha de determinada prática. Sempre que constatar que sua postura é equivocada, a Administração não só pode como deve reconhecer o direito do particular em seu confronto, pois esta é a conduta que efetivamente contempla e obedece ao interesse público, e não o inverso.¹⁹

¹⁹ Cf. Ricardo de Carvalho Aprigliano, 2011, no item 4.2 – “Interesse público como elemento central na definição das matérias de ordem pública processual”, p. 66. Na mesma linha de raciocínio vão



Por tais motivos, o particular contratado, por exemplo, que requerer o reequilíbrio de um contrato, e não tiver resposta da administração no prazo previsto no procedimento em questão, passa automaticamente a ter interesse de ir em juízo pedir a revisão do mesmo contrato. Não precisa o contratado aguardar a resposta negativa da administração para ter acesso ao judiciário. Evidentemente, seria muito mais cauteloso aguardar a negativa da administração com análise contábil dos números apresentados para o reequilíbrio, pois de outra forma o magistrado terá pouquíssimas bases para decidir ou formar convicção sobre o tema (e até mesmo os quesitos para uma perícia podem acabar dificultados).

O mesmo raciocínio acima vale quando não seja o demandante um contratado da administração (com relação de sujeição especial), e esteja requerendo um direito sem que haja resposta em 30 dias, pois também ele terá direito à necessária impetração. “A contar da notificação do administrado – que lhe informa o fim da instrução do processo administrativo (art. 44, L. 9.784/99) – começa a correr o prazo de 30 dias para que a administração decida. Transcorrido *in albis* este prazo, a administração estará em mora, e sua omissão será atacável pela via mandamental. (TOMELIN, 2001, p. 281/292)

Nos casos em que o administrado tiver tese jurídica para alegar a inconstitucionalidade da norma que arrimou a negativa de seu direito, caberá mandado de segurança preventivo, pelo só-fato de a norma ser considerada inconstitucional pelo administrado. E se a administração tem o dever de cumprir a norma inconstitucional (ainda que nesta hipótese seria possível resistir *manu militari* ao comando segundo boa parte da doutrina), devemos reconhecer que o justo receio de ver seu direito ameaçado por tal regra já deve garantir o acesso ao devido processo legal, sem a barreira inicial da carência da ação (ainda que não haja nenhum pleito anterior perante a administração). Precaver-se pedindo para a administração que reconheça a inconstitucionalidade, antes de ir a juízo, é de boa

Eduardo Arruda Alvim nos trabalhos em que trata do Mandado de Segurança preventivo e filiando-se a ele José Manoel de Arruda Alvim.



medida (ainda que saibamos que a administração costuma brandir a ordem pública em vigor, mesmo nos casos de flagrante inconstitucionalidade).

Por evidente, o *princípio da preservação da ordem jurídica* tornará mais estreito o acesso em juízo ao direito material pretendido, o que depende em primeiro grau do convencimento motivado do magistrado singular (atuando “livremente”, expressão do art. 118 do CPC39, mantida pelo art. 131 do CPC73, mas suprimida em 2015) e nos tribunais do respeito à reserva de plenário (art. 97 da CF). Se direito substancial de mérito pode ser de difícil acesso, a final, o direito de acesso ao processo sem as limitações por requisitos processuais não encontrará óbices. É certo ainda que as portas do acesso à justiça se abrem cada vez mais em casos que tais, como meio de garantir a instrumentalidade:

A garantia de *ingresso em juízo* (ou do chamado ‘direito de demandar’) consiste assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas só lhes podendo ser negado a exame em casos perfeitamente definidos em lei (universalização do processo e da jurisdição). Hoje busca-se evitar que conflitos pequenos ou pessoas menos favorecidas fiquem à margem do Poder Judiciário; legitimam-se pessoas e entidades à postulação judicial (interesses difusos, mandado de segurança, ação direta de inconstitucionalidade estendida a diversas entidades representativas); e o Poder Judiciário, pouco a pouco, vai chegando mais perto do exame do mérito dos atos administrativos, superando a ideia fascista da *discricionariedade* e a sutil distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos usados como escudo para assegurar a imunidade deles à censura jurisdicional. Nessa e em outras medidas voltadas à *universalidade do processo e da jurisdição* reside o primeiro significado da garantia constitucional do controle judiciário e o primeiro passo para o acesso à justiça (DINAMARCO, 2013, p.359-360).

Em conclusão, entendemos que o particular deve sim ter amplo acesso às ações judiciais contra a administração. Deve-se garantir o questionamento judicial das decisões concretas da administração, sobretudo nas hipóteses de negativa de pleitos. Tal sistema não deve permitir ao magistrado adentrar o mérito dos atos administrativos ultrapassando a barreira da *separação de poderes*²⁰. A separação de

²⁰ Muito mais acertada é a posição de Cândido Rangel Dinamarco (2010), quando afirma nas páginas 437/438: “Com essas cunhas e nessa medida, é positiva e legítima a criteriosa invasão substancial do ato administrativo pelo Judiciário, como fato de eliminação de lesão a direitos



poderes se combina com a dignidade da pessoa humana, o que nos força sempre a compatibilizar as razões de estado com os legítimos direitos e interesses dos administrados. Todos devemos partir da legítima confiança nas ações estatais, conforme sempre alerta BANDEIRA DE MELLO.²¹ Nas hipóteses em que os órgãos de poder frustrarem nossas expectativas, o acesso ao Judiciário precisa estar garantido.

CONCLUSÃO

Apresentamos nossas rápidas conclusões sobre o tema.

1. O interesse processual para litigar depende da comprovação de fatos ou atos, positivos ou negativos, que na condição de situação legitimante, conectam, em tese, demandante e demandado.

2. O interesse processual não depende da existência concreta de direito substantivo de mérito a ser deduzido em sentença.

3. Em direito privado, a pretensão resistida *in concreto* depende da comprovação prévia da situação legitimante, que afasta o risco de decretação da carência e extinção do processo sem resolução de mérito.

subjetivos ou interesses legítimos. O limite é sempre a independência dos Poderes do Estado.”. E na página 442 arremata: “Discorrendo sobre o *princípio da razoabilidade*, a monografista Maria Sylvia Zanella Di Pietro demonstra que é na manifesta falta de proporcionalidade e adequação entre os fatos e as decisões administrativas que pode residir causa de sua nulidade. Somente quando o administrador, com seus atos, for além do razoável, sendo palpável o desvio, é que o ato comporta censura judiciária. Quando não seja perceptível a olho nu o desvio de poder contido no ato administrativo, no *juízo limitado* que ao juiz cabe fazer, não será lícito descer ao pormenorizado de fatos ou de situações jurídicas muito específicos.”

²¹ “Em quaisquer de seus atos, o Estado – tanto mais porque cumpre a função de ordenador da vida social – tem de emergir como interlocutor sério, veraz, responsável, leal e obrigado aos ditames da boa fé. De seu turno, os administrados podem agir fiados na seriedade, responsabilidade, lealdade e boa fé do Poder Público, maiormente porque a situação dos particulares é, em larguíssima medida, condicionada por decisões estatais, ora genéricas, ora provenientes de atos concretos.” Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, 2009, p. 219).



4. Em direito público, a situação legitimante que comprova o interesse pode decorrer de lei, ou da presunção de executoriedade ou imperatividade dos atos administrativos.

5. A situação subjetiva substancial, de estar sob o influxo de uma norma potencialmente inconstitucional, já torna legítimo o interesse a ser deduzido em juízo, ainda que a via processual eleita importe em antecipar tema que sequer foi objeto de pedido por parte do interessado ou de decisão administrativa.

6. Como regra geral, o administrado não precisa exaurir as vias administrativas como requisito prévio para estar em juízo, mas deve sim requerer administrativamente sua pretensão e aguardar o prazo previsto para uma decisão, antes de optar pela via judicial; sem o que corre o risco de tornar-se carecedor da ação e ver o ajuizamento prematuro ser coarctado por falta de interesse processual.

7. É absurda a afirmação no sentido de que o “Governo ficará confortável em cumprir uma liminar”, postura essa que estimula o ajuizamento de ações judiciais, na maioria das vezes, desnecessárias, e fabrica, em larga medida, o demandismo judicial que vivemos hoje no Brasil.

REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.

ARRUDA ALVIM, José Manual. **Manual de Direito Processual Civil**. 9.ed. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: RT, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

_____. Segurança Jurídica, Boa Fé e Confiança Legítima. No Livro **“Direitos Humanos, Democracia e República – Homenagem a Fábio Konder Comparato”**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009.



CAPPELLETTI, Mauro. **O controle Judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. Vol. 1. 2.ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1940.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Range; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

COSTA, Susana Henriques da. **Condições da Ação**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

DEBORD, Guy. **La Société du Spectacle**. Paris: Folio Gallimard, 1992.

BEDAQUE, José Roberto. In MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**, Ed. Atlas, São Paulo, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituição de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6.ed. Tomo 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. **A reforma da reforma**. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Nova era do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, Dominação**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. V Edizione, Padova: CEDAM, 1989.



GUICCIARDI, Enrico. **La Giustizia Amministrativa**. Terza Edizione. Padova: CEDAM, 1957.

LONG; et al. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 11.ed. Paris: Dalloz, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima, **O Direito na História – Lições Introdutórias**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Interesses Difusos - Conceito e legitimação para agir**. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 1998.

_____. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 11.ed. São Paulo: RT, 2010.

NASSER, Paulo Magalhães. **Vinculações Arbitrais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MENEZES MARCATO, Ana Cândida. **O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado**. 16.ed. São Paulo: Thomson Reuters-RT, 2016.

RAGAZZI, José Luiz; HENESKO, Raquel Schlommer; HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **Código de Defesa do Consumidor Comentado – Doutrina e Jurisprudência**. 2.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

RAMALHO, Maria Isabel. **Legitimidade para agir**. Tese de doutorado, PUC-SP, 2007.

RIVERO, Jean et WALINE, Marcel. **Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 1994.

ROUBIER, Paul. **Droits subjectifs et situation juridiques**. Paris: Dalloz, 1963.

SANTI ROMANO. **Frammenti di un Dizionario Giuridico**. Milano: Giuffrè, 1947.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

TOLEDO, Claudia Mansani Queda de. **Educação – Uma nova perspectiva para o Estado Democrático de Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.



TOMELIN, Georghio Alessandro. **O Estado Jurislador**. São Paulo: Editora Forum, 2018.

_____. O silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro, **Revista de Direito Administrativo nº 226**, out./dez. de 2001, Ed. Renovar, Rio de Janeiro.

_____. Responsabilidades dos Agentes Público por condutas omissivas após a vigência do Código de Defesa do Consumidor. **RTDP 19/1997**.

TOMELIN, Georghio; NASSER, Paulo. **Reequilíbrio contratual por fato superveniente: do processo administrativo ao judicial em situações de emergência**. Obra coletiva “As implicações da COVID-19 no Direito Administrativo Brasileiro”. Coord. Augusto Dal Pozzo e Márcio Cammarosano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 (no prelo).

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. **História do Direito Comum da Humanidade**. Vol. I. Tomo II. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006.

